



الالتزامات

النظرية العامة

يشتمل هذا الكتاب على النظرية العامة للالتزامات في مجموعها ،
بما عدا نظرية الالبات التي سبق أن وضع فيها المؤلف جزأين

تأليف

الدكتور عبد السلام دهنى بك

مدرس القانون المدنى والتجارى بـ مدرسة الحقوق الملكية
بـ دكتور فى الحقوق (العلوم القانونية ، والعلوم السياسية ، والاقتصادية)
محام لدى محكمة الاستئناف

الحقوق كافة محفوظة للمؤلف

إلى

زملائي الاساتذة المدرسين والمحامين

مؤلفات المؤلف

١ - باللغة العربية

أولاً - الكتب :

١ - مسؤولية الحكومة المصرية باعتبارها صاحبة الولاية العامة « الجزء الاول »
مطبعة المعارف سنة ١٩١٤

٢ - مسؤولية الحكومة المصرية باعتبارها صاحبة الولاية العامة « الجزء الثاني »
مطبعة المعارف سنة ١٩١٥

٣ - المدائيات أو الالتزامات « الجزء الاول في الادلة » مطبعة المعارف
سنة ١٩٢٢

٤ - المدائيات أو الالتزامات « الجزء الثاني في الادلة » مطبعة هندية
سنة ١٩٢٣

ثانياً - المقالات :

١ - نهضة القانون « تضافر الفقه والقانون » العلم والعمل : مجلة الشرائع السنة
الثالثة ص ٣٩٨-٤١٢ ، المقال الاول سنة ٩١٦ (لمناسبة ظهور كتاب
شرح البيع للحلمى باشا عيسى سنة ١٩١٦)

٢ - نهضة القانون ، تضافر الفقه والتضاء ، العلم والعمل ، مجلة الشرائع السنة
الثالثة ص ٥٧٧ - ٥٨٦ ، المقال الثاني سنة ٩١٦

٣ - مرافعات الدكتور أبو هيف ، الكتاب البكر في « فن القانون » ، بشائر
رقى الفقه ، مجلة الشرائع السنة الرابعة ص ١٨١ - سنة ٩١٦

٤ - في اقامة الدعوى العمومية من قبل محكمة الجنايات من الوجهة الفنية

القانونية والنظامية : Droit de l'évocation de l'action publique au

point de vue de la technique juridique et du droit public interne

مجلة الشرائع السنة السادسة ص ١-٢٤ سنة ٩١٨

٥ - في المسؤولية المدنية للأفراد . لمختان تاريخية وتشريعية . مجلة المحاماة السنة
الثالثة ص ٣٧٥-٣٨٥

ثالثاً - مذكرات لطلبة الحقوق :

- ١ - مذكرات في القانون الروماني . في الاحوال الشخصية عند الرومان
سنة ٩٢٢-٩٢٣
- ٢ - مذكرات في القانون الروماني . في نظرية الاشياء عند الرومان سنة
٩٢٢-٩٢٣
- ٣ - مذكرات في القانون الروماني . في نظرية الالتزامات عند الرومان سنة
٩٢٢-٩٢٣

رابعاً - كتب تحت الطبع :

- ١ - القانون التجاري
- ٢ - في النظرية العامة لحماية الدائنين وفي الوسائل القانونية المقررة لضمان
حقوقهم
- ٣ - النظرية العامة لجميع الحقوق العينية العقارية والمنقولة وتاريخ الملكية بمصر

مؤلفات المؤلف

٢ - باللغة الفرنسية

Du même auteur :

- 1.— Abd El Salam Zohny. La responsabilité de l'Etat égyptien, à raison de l'exercice de la puissance publique, Tome I, Georg. Lyon ; P. Geuthner, Paris, 1914.
- 2.— Même auteur, même titre, Tome II, mêmes Librairies.
- 3.— Le coton égyptien, son importance dans la vie sociale et économique de l'Egypte, Willefranche, 1921.

بيان الرموز

مجلة التشريع والنضاء المصريين
de législation et de jurisprudence
égyptiennes.

المجلد ٣ صفحة ١٨ (ويرمز لها باللغة
الفرنسية B. L. J.) .

يريد بذلك المجلد الثالث والصفحة ١٨
من مجلة م ت ق . والمجلة هذه لا تنشر
الا الاحكام الصادرة من محكمة
الاستئناف .

المجموعة الرسمية للمحاكم الاهلية المجلد
٣ صفحة ١٨ رقم الحكم ٢٠ ويرمز لها
بالفرنسية B. O.

المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة
Recueil officiel des arrêts de la Cour
d'appel mixte.
(ويرمز لها باللغة الفرنسية R. O.) المجلد
٣ صفحة ١٨ .

مجلة المحاماة المجلد ٣ صفحة ١٨ رقم
الحكم ٢٠ .

مجلة الشرائع المجلد ٣ صفحة ١٨ رقم
الحكم ٢٠ .

مجلة سيري Sirey الفرنسية سنة ١٨٩٨
التقسيم الاول صفحة ١٨ .

مجلة دالوز Dalloz الفرنسية سنة ١٨٩٨
التقسيم الاول صفحة ١٨ .

مجلة جازيت المحاكم المختلطة بمصر
Gazette des tribunaux mixtes d'Egypte

م ت ق ، ١٨٤٣

١٨٤٣

م ر ا ، ٣ ص ١٨ عدد ٢٠

م ر م ، ١٨٤٣

م ، ٣ ص ١٨ عدد ٢٠

ش ، ٣ ص ١٨ عدد ٢٠

س ، ١٨٩٨ ، ١٨٤١

د ، ١٨٩٨ ، ١٨٤١

ج ا ، ٣ ص ١٨ عدد ٢٠

- ج ع ١ ص ١٨ ن ١٩ الجدول العشري الاول للمحاكم المختلطة
Table décennale صفحة ١٨ نبذة ١٩ .
- ج ع ٢ ص ١٨ ن ١٩ الجدول العشري الثاني الخ ...
- ج ع ٣ ص ١٨ ن ١٩ » » الثالث
- استئناف محكمة الاستئناف الاهلية بمصر
- استئناف م محكمة الاستئناف المختلطة باسكندرية .
- مجموعة جمال ج ١ ص ١٨ ن ١٩ كتاب القضاء المصرى الاهلى جمع وتأليف ابراهيم افندى جمال المحامى ، الجزء الاول ص ١٨ نبذة ١٩ .
- مجموعة جمال ج ٢ ص ١٨ ن ١٩ نفس الكتاب جزء ثان .
- مجموعة حمدى السيد مدنى ص ١٨ ن ١٩ مجموعة الاحكام الصادرة في السنين العشر الاخيرة من سنة ١٩٠٧ — سنة ١٩١٧ تأليف محمد حمدى بك السيد القاضى ، جزء المدنى صفحة ١٨ نبذة ١٩ .
- تعليقات جلال مدنى ص ١٨ ن ١٩ كتاب التعليقات القضائية على قوانين المحاكم المصرية ، جزء المدنى صفحة ١٨ نبذة ١٩ تأليف جلال بك
- عياشى ص ١٨ ن ١٩ قضاء المحاكم الاهلية من ١٩٠٠ - ١٩٢٠ بقلم الاستاذين جورج روفائيل عياشى والياس روفائيل عياشى المحامين بقلم قضايا الاشغال صفحة ١٨ نبذة ١٩ .

بسم الله الرحمن الرحيم

كلمة

نظرية الالتزامات في القانون المدني هي الأصل لهذا القانون . ذلك الأصل الذي تفرع عنه جميع النظريات الأخرى . لذا كانت العناية بدراسة نظرية الالتزامات عناية خاصة في كل آن ومكان . إذ يتوقف عليها فهم القانون المدني برمته . وهذه النظرية واحدة عند جميع الشعوب الأوروبية في كل عصر وفي كل بيئة . وقد أخذتها هذه الشعوب عن الرومان الذين أبلج فيها علماءهم ومشرعوهم بلاء طويلاً دقيقاً . وأصبحت نظرية الالتزامات الرومانية هي الأصل في تفسير أمهات المسائل المدنية الخاصة بنظرية الالتزامات في الأوقات الحاضرة . بل لازال بعضها وهو روماني يمت معمولاً به للآن مع شيء قليل من الفروق التي ترجع لأسباب عرضية خاصة وإنا نقول في تقرير نظرية الالتزامات وفي لمّ شعنها وتقرير مبادئها على الاعتبار الأساسية الآتية :

أولاً : - قبل تقرير المبدأ في الوقت الحاضر يجب الرجوع إلى تطورات التاريخة مبتدئين بمصر الرومان للوقوف على الأدوار التي مر بها وما اعتراه من التغيرات ومعرفة حقيقة هذه التغيرات إن كانت ترجع لأسباب وعمل اقتصادية واجتماعية وسياسية ^(١) . وما هي وجهة اختلاف النظر بين الأئمة فيها هل هو اختلاف يرجع

(١) وحقق العلماء وأكادوا وعلى رأسهم البعثة المؤرخ المعروف « ريفو Revillout » بكتابه المطبوع أحدهما سنة ٩٠٢ « فيما كان بين الرومان والمصريين من الروابط التاريخية والقانونية Les rapports historiques et légaux des Quirites et des Egyptiens » والمطبوع ثانيهما سنة ٩١٢ « في المصادر المصرية للقانون الروماني Les origines égyptiennes du droit civil romain » إن لتواين المصرية القديمة للفرعنة شأنًا يذكر في تكوين الفرائض

إلى استخدام الوسائل المنطقية والجدل الخيالي أم أن هناك غرضاً عملياً يجب الرجوع إليه والأخذ به

ثانياً :- القوانين المصرية الصادرة سنة ١٨٧٥ (القوانين المختلطة) وسنة ١٨٨٣ (القوانين الأهلية) مأخوذة عن القانون الفرنسى الصادر سنة ١٨٠٤ ^(٢) وعن القوانين الاخرى الفرنسية الصادرة بعد سنة ١٨٠٤ وعن القضاء والفقه الفرنسيين . لذا جعلنا عماد ابحاثنا القضاء والفقه والقوانين الفرنسية . وقد اعتاد القضاء المصرى مختلطاً كان أو أهلياً أن يشير الى المؤلفين الفرنسيين وإلى آراء القضاة . ولا سبيل الى غير ذلك ما دام المصدر التشريعى لقانون المصرى هو القانون الفرنسى تشريعاً وقهراً وقضاء . ولكننا فى كل مبدأ قانونى نعمل على طبعه بطابع مصرى بحث حتى يتجس هو الآخر بجنسيته المصرية ليقفل من قيود التجنس بجنسية أجنبية ربما لا تتحد مع بعض الخواص المصرية البحتة . وانا نرى بذلك الى توحيد المبادئ القانونية المصرية توحيداً تجمعها جامعة واحدة وبطبعها طابع واحد . ^(٣)

فى عهدها الاول وهو عهد قانون الائتلى عشرة لائحة المشهور Loi des Douze Tables وذلك لان قانون « بوخوريس » من ملوك الاسرة الرابعة والعشرين قد طبقت شهرته الاطلاق بما عرف فيه من دقة الاحكام ، وعنه قانون « امازيس » بما لا يقل شهرة عنه . وأخذ « سولون » المشرع اليونانى المعروف اصوله القانونية من قانون « بوخوريس » هذا ، ومن قانون « امازيس » بما يستفاد مما قرره « هيرودوت » سنة ٤٥٦ قبل الميلاد . ولما أرادت روما فى عصرها الاول أن تضع شرائع ثابتة حسبما لما اشترج فيها من النزاع المستطير بين طبقة أشراف الرومان وعوامهم ، بعثت بوفودها الى اليونان ، فوضعوها لها أول جبر فى بنائها للتشريعى الرومانى الحالى ؛ وهو قانون الائتلى عشرة لائحة . وللتشابه مستحكم الاطراف بين هذا التشريع الرومانى القديم وقانون امازيس بما لا يترك مجالاً للتردد فى ان الرومان اخذوا عن اليونان وأخذ اليونان عن فراعنة المصريين فاصبح التشريع المصرى مصدراً لهذا التشريع الرومانى الحالى الدائم الذى لا يموت وهذا هو التشريع الرومانى يدرس فى كليات العالم بدقة وحيلة واثبت التحقيق التاريخى ان جل مبادئه وعلى الاخص فيما عسى بنظرية الالتزامات أو المدائنات قد تسرب الى الشرائع المصرية الحاضرة . اذا علم ذلك جزمنا بأن للشرائع المصرية القديمة مساساً كبيراً جداً بالشرائع الحالية الحاضرة (راجع البحث الذى نشرناه بمجريدة الاهرام فى ١١ و ١٢ و ١٣ يونيو سنة ١٩٢٣ لمناسبة ظهور كتاب الدكتور محمد عبد الله الرزى La conscription des neutres dans les luttes de la concurrence économique. (٢) دى هلس ج ١ ص ١١ وما بعدها (٣) مثل نظرية الاعتراف فى استعمال الحق théorie de l'abus du droit وانظر المادة ٣٨ / ٥٩ مدنى مقرة ثانية الحاضرة بالملاحظ المشتركة وعدم جمعها الا لاسباب بحث قوى.

ثالثاً :- عولنا كثيراً على عدم ترك الشرائع الأجنبية الحديثة الحاضرة جانباً . بل كلما أردنا ضرورة دعم المبدأ القانوني للحاضر عرجنا على ماقرره الشعوب الأخرى في هذا الوقت ملاحظين في ذلك أيضاً الأسباب التي ربما تدعو الى اختلاف وجهة النظر . وأخذنا كثيراً بالقانون الألماني المعمول به من يناير سنة ١٩٠٠ وقانون الالتزامات السويسري الصادر في ٣٠ مارس سنة ١٩١١ . وكان للشريعة الإسلامية نصيب في تقرير بعض المبادئ القانونية فيما أخذناه عنها القانون المصري سنة ١٨٧٥ وسنة ١٨٨٣

رابعاً :- انه وإن اختلف فيما اذا كان القانون علماً أو فناً فلا أننا نقول بالجمع بين الاثنين . ولكن المصدر الأسمى الصحيح للقانون هو القضاء . لذا عولنا على جعل الآراء القضائية أصلاً ذات شأن خاص في تقرير المبادئ القانونية لأن هذه الآراء ليست مبنية على مجرد الخيال بل تقررت بناء على خصومات فعلية واقعة لمس فيها القاضي العدالة بيده وتجسم أمامه الحق . وربما كان القاضي ، وهو يجد وراء الحق الذي يجب أن يرجع اليه والخصومة الفعلية مطروحة أمامه ، أضمن في تقرير المبادئ القانونية عن يتلصها في مجالات الخيال . هذا وليس من شأن ذلك أن يحول بيننا وبين نقد القضاء فيما لا يتفق مع المبادئ العلمية الصحيحة المقررة من الوجهة العامة والتي ترجع الى عوامل عدة

لهذا السبب نفسه نظرنا الى القانون باعتباره مظهراً من مظاهر الحياة العملية وشكلاً من أشكال التطورات الاجتماعية لكل جماعة من الجماعات الانسانية فلا يعقد فيه الا بقدر ما يوحى به العمل وتقضى به ضرورة الحياة وتعليه الظروف الخاصة بكل جماعة . وأكبر مثل يحتذى به في هذا الشأن ما فعله القاضي المشرع الروماني^(١) ، البريتور ، فإنه لم يعالج القانون الروماني المدني الموقوف على الرومان^(٢) الا بقدر ما كانت تقضى به الضرورات العملية . ولذا اخذ القانون الروماني بتطور هو الآخر كلما تطور الشعب الروماني ومر من دور الى دور . ومن هنا نرى أن القانون ليس في ذاته صورة خيالية غلاط متخيل إنما هو ضرورة اجتماعية قضت بها حركة تطور اجتماعي .

واذا كان اللغز شأنً وللعلماء يد فيه فان ذلك لا يكون من طريق الانشاء والايجاد والخلق وانما يكون من طريق تهذيب القانون وتنظيمه وجعله بحالة رفي وكال تضمن له سهولة الاخذ به والعمل على متواله ودوام استقراره

ان المنهج التعليمي البيداغوجي الذي يجب على متلقي الحقوق الاخذ به والذي عمل به من قبل زملائهم بالبلاد الاخرى كفرنسا مثلاً هو ما يأتي :

١ - يواظب متلقو الحقوق على حضور المحاضرات بطريقة مستمرة لان في سماع الدرس ما يسهل عليهم فهم المؤلفات وفيه تربية مبرمة للملكة القانونية وتربية للملكة سماع الدعوى والمرافعات وتعويد الذهن على ادراكها بسهولة . وهذه تربية لا يستطيع القانوني الاستغناء عنها لانها ملازمة له في حياته العملية سواء اشتغل قاضياً أم نائباً أم محامياً

٢ - اعتاد الطلبة في اوروبا وعلى الاخص بفرنسا انهم لا يدخلون غرف التدريس الا ومعهم كراسات وأقلام وممداد . ومن غريب ما لاحظناه هناك اننا لم نجد طالباً واحداً في مائة طالب يشذ عن هذه القاعدة . والحكمة في ذلك ظاهرة وهي حكمة بيداغوجية عملية : ذلك لان الدرس الشفهي أجلى وضوحاً وأوسع معاني وأسفل عبارة من المذكرات التحريرية والمؤلفات . فاذا ما أخذ الطالب مذكرات بالدرس الشفهي خرج ويده مجموعة أخرى أو صورة أخرى للمذكرات التحريرية . وفوق ذلك ، وهو الامر في نظرنا ، ان في تعود الطالب على أخذ مذكرات في الدرس الشفهي ما يحول دون تركه يسبح في مسارح الخيال ومرار الخواطر المختلفة على ذهنه وهو يصنى الى الدرس . اذ ينما تراه مصغياً أو محدقاً بنظره الى من يلقي الدرس قد يكون فكره سارحاً في مجال آخر . وتمر عليه عشرات الدقائق وهو في عالم آخر غير عالم الدرس فتفوت فوائده الدرس وتذبل فيه ملكة سماع المرافعات واستيعابها وهي ملكة ضرورية جداً لمن يشتغل بالقانون علماً وعملاً

يجب وجوباً حتمياً لا مفر منه أثبتة انه عند مطالعة المذكرات التحريرية أو الكتب ، يجب تلخيص ما يقرأ في كراسة على حدة . وأهم اثر على للتلخيص أنه يجعل ما يقرأ راسخاً رسوخاً مكيناً في ذهن المطالع لان التلخيص هو زبدة ما يقرأه

المطالع ، وفي كل كلمة من كلمات التلخيص معنى من المعاني الدقيقة التي تشير الى أسطر إن لم يكن الى صفح من الكتب . ويستعين الطالب بمراجعة التلخيص قبيل الامتحانات بزمن قريب حيث تصعب عليه هذه المراجعة في مؤلفات قد تبلغ من الصفحات المئات . واذا ما اعتاد الطالب تلخيص المؤلفات فان ملكة التلخيص تنربى عنده أيضاً فيستعين بها في كل حالة يرجع فيها الى قراءة أى كتاب من كتب القوانين . وبذلك يسهل بمجموعة آراء المؤلف فيحصرها لديه حصراً ويستطيع بسهولة معرفة مكامن الآراء القيمة فيها

خامساً : — نشددنا كثيراً في اثبات الاصطلاحات العلمية القانونية باللغة الفرنسية ازاء ما يقابلها باللغة العربية وغرضنا من ذلك ما يأتى :

١ — ان معرفة الاصطلاحات باللغة الفرنسية أمر ضرورى لقراءة الكتب القانونية باللغة الفرنسية وبدونها قد يستحيل الالمام بما احتوته أمهات هذه الكتب من اصول القيمة . والقانون كل يوم في تطور

٢ — ان الحاجة الى تعرف الاصطلاحات الفرنسية ماسة للغاية لانه لا بد من الرجوع الى الكتب الفرنسية على اختلاف انواعها من موسوعات ^(١) وتعليقات ^(٢) وغير ذلك عند بحث المسائل القانونية الدقيقة ما دام مثل هذه المؤلفات لا يوجد لدينا منها شيء باللغة العربية

٣ — اذا ما ألم الباحث بالاصطلاحات الفرنسية سهل عليه في المجال العمل الاحاطة بكل مسألة قانونية في تحضير الدعاوى كتابة وشفهاً

٤ — ان الاحاطة بالاصطلاحات الفرنسية أمر حتى للمصلحة العامة في سبيل رقى القانون المصرى حتى تظل مصر متصلة بالاوساط العلمية بالبلاد الاوروبية برابطة علمية أكيدة ومستمرة . وأداة الاتصال هي اللغة الفرنسية.

٥ — بالالمام بالاصطلاحات الفرنسية يسهل القيام بالتأليف في القانون والاحاطة بمختلف الآراء وتشعب المذاهب فتكثر الكتب القانونية باللغة العربية وفي ذلك فعيم للقانون وتسهيل لتحصيله

هذا ويجب عند مطالعة المؤلفات القانونية الاستمانة دائماً بمجموعة القوانين^(١)

العربية والفرنسية والاطلاع على كل مادة يشار إليها

ولقد كثرت المؤلفات القانونية في القانون المدني خاصة للديوبع مبادئه وشيوع أصوله في عالم الحياة . وكانت المؤلفات تتشبع بروح كل عصر توضع فيه . وكان للنزعات العمرانية والاقتصادية مع اختلاف أنواعها أحكام ظاهرة الأثر على هذه المؤلفات . لذا لاحظنا أن مناهج التأليف من الوجهة التعليمية (البيداغوجية) قد أخذت هي الأخرى طرقاً لها في مدى هذه الأزمان . وكانت تختلف بعض هذه الطرق عن بعض بقدر ما تشعر به الحاجة الوقتية من ضرورة معالجة الشؤون المألوفة . ولما تشعبت المؤلفات وكان من اللازم حصر الأصول القانونية مع اللام بأطوارها التاريخية فقهاً وقضاء ، ظهر الكتاب الأول لهذا النوع وهو كتاب الاستاذ بلانيول^(٢) في ثلاثة أجزاء ، وكان ولا يزال له شهرة خاصة جمعت بين المزايا العلمية البحتة والفوائد العملية ، فأمم بشتات الآراء وناقش القضاء في كثير من أحكامه فخرج كتابه موفور المزايا الفنية وأصبح عمدة المتلقين للحقوق ومرجع الباحثين في مناحي القانون المختلفة .

ولكن لسلك شأن من شؤون الحياة أحكامه هو ، من مختلف الأدوار التاريخية ودخوله في طور ، ثم دخوله في طور آخر . ذلك أن نهضة علمية قانونية قد بدأت آثارها تظهر في عالم الفقه بفرنسا في أواخر القرن المنصرم بزعملة الاستاذ بوفنوار^(٣) والتف حول بعض معاصره ثم انضم إليه مريدوه وخرجوا بالقانون من دائرة الأبحاث النظرية إلى المجالات العملية الفسيحة فطافوا بالقانون حول الشرائع الأجنبية وأخذوا منها ما شاؤوا في تهذيب القانون حتى فكر بعض رجال النهضة وهو الاستاذ المعروف لامبير^(٤) بضرورة وضع أصول قانونية عامة تتمشى مع أهل البيئة الواحدة التي ترجع في أصولها التاريخية إلى أصل واحد ، مهما تباينت الآن تبايناً يرجع لاختلافات شكلية .

ولا زالت هذه النهضة تأخذ نصيبها من الرقي كل يوم حتى أصبح علم القانون

الآن ليس ذلك العلم الذى يحتوى بجانبه خاصة ، بل كأنه دولى النزعة علم الاصل . ولما كان القانون الرومانى يكاد يكون مصدراً للقوانين الحاضرة ، أصبح هو الآخر مرجع الباحثين الحاضرين فى التعرف على مصادر التشريعات الحاضرة وربط أواصر القرابة والمصاهرة بينها حتى تكون كأنها أفراد أسرة واحدة يجمعها جد واحد ولما قطعت هذه النهضة الحاضرة اشواطاً بعيدة فى سبيل التهذيب والرقى للقانون أبت النواميس الطبيعية للنشوء الارتفاع الا أن يظهر كتاب آخر بعد كتاب بلانيول وقد اخذ هذا الكتاب الجديد لواعبه كولين وكابتن بروح هذه النزعة الجديدة ، وأخذت مبادئ العلم على الاسلوب الحديث تفيض فيه بطريقة تعليمية يبدأ جوجية بلغت من الرقى فى ظرف وجيز ما يبشر بخير علم للقانون فى ان يكون اداة اصلاح وتفاهم للشعوب الحية .

لذلك كله رأينا ان لا نقف بنظرية الالتزامات عند الحد الذى لا يتفق مع الاطوار الاقتصادية والمعمارية الحاضرة . بل اردنا ان يكون للنظرية من الشأن فى أرضنا ما لها فى الاوساط العلمية الاخرى النامية . ولذا اخذنا بما اتهمجه كولين مع كابتن وتبعنا خطاهما فى بسط الاصول القانونية وربطها بالاصل الاعلى وهو القانون الرومانى ، وطفنا معها على الشرائع الاجنبية وعلى الاخص ما جد منها كالقانون الالمانى والسويسرى . وجعلنا عمدتنا كما قلنا ونقول أحكام القضاء باعتبار القضاء نورا يهدى الباحث العلمى ومصباحا اذا اظلم قد السارى سمنه . كل ذلك لاننا ننظر بالعين الحاضرة فى ان القانون صدى لحالة اجتماعية حيوية مادية ، فهو ليس بالمنطق الخيالى للساجين فى مسارح الاستنباط العقلى ، اما هو منطق الحياة العملية المحسوسة . فاذا درس القانون على هذا الاعتبار ، وعلى ضوء التاريخ والمادة الحاضرة ، تحرر هو الآخر واستقل استقلالاً لا شك فيه

لذا اخذنا فى مجال عرض نظرية الالتزامات طريق احدث المناهج التعليمية طريق كولين وكابتن . ولم نفضل مطلقاً اقسط الفقهاء الاخرين النابهين من تمحيص ارائهم وتبين مناهجهم فيما شأوا واشتهروا . ولقد عرجنا على فقهاء القانون المصرى مثل فتحنى زغلول باشا ودى هلس وجرايمولان وكانت لنا معهم شئون رجع فيها كل منا

الى ما يراه لاعتبارات شتى . كذا ارجعنا الى بلانول فيما مهد فيه الطريق لمن أتى بعده من الشارحين ، والى ما ظهر من الاجزاء من كتاب واسع المناحي مترامي الاطراف وضعه الاستاذ دموج ^(١) في الالتزامات ايضا . وقد ظهر منه للان اربعة أجزاء . ورأينا كما رأى كولين وكابنان ان لا تفيض صفحتنا بكثرة أسماء المؤلفين ونقد أبحاث القانون وذكرا أبسط الاحكام في بداية العلم ، لما في ذلك من تعقيد واضطراب لالترجي من ورائه فائدة . بل افضنا كما افاضا في بسط أصول العلم ونقدها على ضوء القوانين المسطورة هنا وهناك . وجعلنا كما قلنا للقضاء العملي مركزاً خاصاً في وضع الاصول وتقرير النظريات . ولذا خرج كتابنا هذا كما خرج كتاب كولين وكابنان ، وهو مشبع بروح تعليمية بيداغوجية ليس الغرض منها شحن الاذهان بمجموع الاسماء واعلام المؤلفين ، بل جعلنا للتطور التاريخي أساساً خاصاً في الامام بالاصل القانوني ونقدمه تاريخياً وقضائياً ومقارنة . بحيث يخرج القارئ وهو يشعر من نفسه بأنه قد قبض بيده على المبدأ فلم به من وقت ولادته وأطوار حياته فيستطيع الحكم له أو عليه بما يكفل للحياة العملية نظاماً أكيداً صحيحاً

. وهذا الاسلوب التعليمي البيداغوجي هو ما يتهجه في الاوقات الحاضرة . مدرسو القانون بأوروبا في محاضراتهم الشفوية وهذا أمر لا بد منه ، وفي مؤلفاتهم المكتوبة أيضاً . ويظهر ان الأمر قد استقر عند هذا الوطن واصبح القانون هو الآخر وقد تملك عليه في الاوقات الحاضرة النزعة الاجتماعية العمرانية ، اصبح يكسر عنه اغلالاً واصفاداً حالت بينه زمناً وبين النظر الى الخارج والهجرة اليه .

هذه هي السيرة البيداغوجية لهذا السفر في الالتزامات . ولذا لم نخرج على المؤلفين والاحكام الا بالقدر الذي نرى فيه الضرورة اللازمة في الأخذ والرد . ولم نرد ان نجعل منه موسوعات مثل موسوعات دالوز والبانديكت وسيري وهي مجموعات وقف على الباحثين من العاملين ^(٢) . انما أردنا به أن نجعل منه متناً تتفرع عنه الموسوعات ثم تعود اليه . فنه تأخذ واليه تعود ، كما فعل غيرنا ممن سبقونا في هذا المنحى .

(١) Demogue (٢) praticiens من سلون بطبيعة عملهم على عدالراء والاحكام والاكثر منها

ملاحظة : هذا الكتاب فى الالتزامات هو بمثابة الجزء الثالث والأخير من المطول فى الالتزامات أو المداينات الذى سبق لنا ان أخرجنا منه جزأين تناولتا نظرية الإثبات . وبهذا الكتاب يتم المطول .

تمهيدات أولية^(١)

في كنه الحق والقانون

١ - للقانون صلة بالعلوم الفلسفية والعلوم الاجتماعية . أما بالفلسفة فلأن لهذه الأثر الظاهر في ترتيب الأصول القانونية ترتيباً صحيحاً تربطه حلقة الانسجام وسدى المنطق . وأما العمران فلأن القانون من شأنه تنظيم الحياة الاجتماعية من حيث ارتباط الافراد في مصالحهم الشخصية والاجتماعية .

فالفلسفة والعمران يعملان في تكوين القانون بما توحى اليه الاولى من دقة البحث والنوص ، وبما يوحي به الثاني من مختلف الانظمة ومظاهر الحياة العملية . واكلمته^(٢) الفرنسية معان عدة :

المعنى الأول : القانون — وهو طائفة من المبادئ^(٣) أو القواعد^(٤) أو القوانين^(٥) التي تنظم شؤون الحياة العملية للافراد وتقرر جزاء^(٦) على من يعمل على مخالفتها توقعه عليه من طريق الاكراه الاجتماعي^(٧) أو القوة العامة^(٨) . وينتمه بعض الشارحين بلقانون الاجتماعي الخاص بجماعة معينة^(٩) فيقال مثلاً القانون المصري والقانون الفرنسي . وتجرى العادة على كتابة أوله بحرف كبير هكذا D إشارة الى أنه علم قد وقف على جماعة معينة

(١) رأينا هنا ضرورة الإشارة الى بعض الاصول الاولى الضرورية للالتزامات ولم نرد الاطالة فيها حتى لا نخرج عن موضوع الالتزامات . ومن شاء التوسع في الاطلاع فليراجع ما كتبه فقهاء القانون في مقدمة القوانين وما ترجع فيه هذه المقدمة الى ابحاث علمية شتى في مواضيع مختلفة اجتماعية وفلسفية . (وقد ورد أصح هذه الابحاث بكتاب القانون المدني تأليف كولن وكابنان ج ١ ص ١) وانما أردنا هنا بهذه المجالة أن نلم للمأماً سريعاً بشتات هذه المواضيع تمهيداً لدخول في النظرية العامة للالتزامات حتى تكون حاضرة في ذهن القارئ . (٢) droit (٣) préceptes (٤) règles (٥) Lois (٦) sanction (٧) force sociale (٨) force publique (٩) droit objectif

المعنى الثانى ^(١) . - هو الحقوق ، وهى بالنسبة للفرد على عكس الحالة الاولى
الخاصة بالجماعة : فكأن للجماعة دستوراً تسير عليه فى شئونها العامة بتعيين
قواعد للأفراد تقررها باعتبارها صاحبة السلطة العامة ، فللافراد كذلك حقوق قبل
بعضهم البعض تسمى مزايا ^(٢) أو امتيازات ^(٣) ولكل حق لدى الفرد مظهر من
مظاهر القوة ^(٤) عند صاحبه كما قال بذلك سافيني ^(٥) ويسمى بالحق الخاص أو الحق
الشخصى ^(٦) وهو خاضع للقانون الخاص بالجماعة المعينة ^(٧) بمعنى انه لا يستطيع
صاحب الحق الشخصى التمتع بحقه الا اذا قلم من جانب شخص آخر واجب قانونى ^(٨)
أى التزام ^(٩) يكلف به هذا الشخص الآخر . فحق الملكية هو تمتع صاحبه بالعين ازاء
كل فرد ملزم بمقتضى القانون العام باحترام هذا الحق . كذلك الحال فى حق
المدين ازاء دائئه ، وهكذا . وعند الاخلال بالحق يحل الجزاء . ومن هنا اسكل حق
جانبان : جانبه الايجابى وهو صاحبه : وجانبه السلبي وهو الملزم به . ثم له جزاؤه
وهو تدخل السلطة الشرعية الحاكمة . على أن الجانب الايجابى مكلف هو الآخر بما
يجعله فى موقف الجانب السلبي : بمعنى انه لا يجوز له استغلال حقه بطريقة تلحق بالفرد
ضرراً غير مشروع ، يخالف الأغراض الاجتماعية للقوانين . كما أن الجانب السلبي
مكلف بواجب احترام حق الغير مع حسن النية .

٢ - فالحق فى ذاته مجموعة مزايا ^(١٠) وواجبات ^(١١) من طرفيه . وكل ميزة
يقابلها واجب . أو الحق هو تبادل المنافع بين الافراد من الوجهة العامة أو الخاصة
المعنى الثالث ^(١٢) هو علم القانون بالذات أو علم الحقوق فيقال علم القانون المدني
ودار القانون ، أو الحقوق وكتب القانون ^(١٣)

(١) أى لفظ droits فى صيغة الجمع (٢) facultés (٣) prérogatives (٤) un pouvoir
(٥) Savigny (٦) droit subjectif (٧) droit objectif (٨) devoir juridique
(٩) obligation (١٠) avantages (١١) devoirs (١٢) أى لفظ droit (١٣) كوليه
وكايتان Colin et Capitant فى القانون المدنى الجزء الاول الطبعة الثانية سنة ١٩١٩ ص ١ - ٢ .
بلايول ج ١ الطبعة الثامنة سنة ١٩٢٠ ص ١ - ٢ . كتابنا فى الالتزامات والمداينات ج ٩

القانون والاخلاق

٣ — كما ان القانون العام من شأنه تنظيم الجماعات وربطها برباط نظامي يضمن لها مساعدتها الحيوية كذلك علوم الاخلاق ^(١) قلنا ترسم ضوابط للأفراد تضيء لهم بها طريق الحياة عملياً وخيالياً لقانون والاخلاق يشتركان حينئذ في تهيئة طريق الحياة للأفراد . وقوامه طائفة من الاصول العامة تجعل العالم في حالة توازن ^(٢) مستمر يحفظ كيانه من التدهور والتلاشي

الا ان القانون وان تلاقى مع علم الاخلاق في مركز الدائرة فانه يتباعد عنه في محيطها كما لاحظ ذلك بحق بنتام ^(٣) . اذ للاخلاق مجال غير مجال القانون . فبينما الاخلاق تعالج الفرد في واجباته الادبية مع أمثاله وامام الله عز وجل فان القانون يعالج الشئون الحيوية من وجهتها الاجتماعية العملية البحتة . ولذلك ليس للاول جزءا عالمي معين بخلاف الثاني فان له جزءا تحميه السلطة العامة أي القوة الاكراهية المطلقة . فاذا وصت العلوم الاخلاقية بالتصديق على اليتامي والمساكين فلا جزءا على من خالف . ولكن اذا لم يف المدين بدبته اتبعت نحوه اجراءات اكراهيمية ألزمته بالوفاء جبراً . وفي بعض المصود التاريخية كان الجزاء جسدياً أكثر منه مالياً ثم تمزج مع نمو المدنية . وتختلف الاخلاق عن القانون في أن واجباتها وأوامرها لاحدود لها بخلاف القانون فان أوامره معينة . لذلك كان جزء الاول مستحيلاً وجزء الثاني مستطاعاً . ولكن مع تطور الجماعات في المصور الحاضرة أصبحت الزكاة — بعد أن كانت أصلاً أخلاقياً صرفاً — تدلى به الى الفرد من طريق النصيح والارشاد — فرضاً تكلف الآن بها الجماعة باعتبارها مجموعاً تعمل على اصلاحه من طريق اصلاح أفرادها وهو ما يسمى في الوقت الحاضر بحق الرعاية والعناية الحكومي ^(٤)

القانون الطبيعي

١ — القانون المعمول به والقانون الطبيعي

٤ — يراد بالقانون المعمول به ^(٥) القانون المسطور والمادات ^(٦) المعمول بها

(١) la Morale (٢) équilibre (٣) Bentham (٤) droit de culture

٢ — ٣ . كابتن من (٥) Droit positif (٦) coutumes

أى القانون الذى أملت إرادة الجماعة على أفرادها . فهو كما قال « پورتاليس »^(١) « طائفة من الإرادة المتكررة للجماعات . لذا هو الزامى أى يكره الجميع على احترامه ويراد « بالقانون الطبيعى »^(٢) « ما كان خارجاً عن القانون المسطور والعادات المعمول بها أو هو ما يفهمه الافراد من طبيعة الاحوال ومما توحى به اليهم ضمائرهم وعقولهم . لذا يعتبر القانون الطبيعى جزءاً من فلسفة القانون »^(٣)

وكان للقانون الطبيعى أثر ظاهر عند أهل البحث فى القرن الثامن عشر فقرروا أصولهم العمرانية والفلسفية والسياسية بعد أن أشبعوها بهذا القانون وكان على رأسهم روسو^(٤) اذ قال بالعقد الاجتماعى^(٥) وقرر للانسان حقوقاً متصلة بشخصه باعتباره انساناً تقرر له من يوم ولادته بصرف النظر عن اختلاف الشعوب والازمان وانه ينزل عن بعض هذه الحقوق عند تكوين العقد الاجتماعى لمصلحة نفسه ولمصلحة الجماعة . وان هذا القانون فوق القانون المعمول به والمسطور . وقد تسربت روح هذه الفلسفة ، وهى التى تشعبت بها مبادئ أهل الثورة الفرنسية سنة ١٧٨٩ ، الى القانون المدنى الفرنسى الصادر سنة ١٨٠٤ كما دلت على ذلك الاعمال التحضيرية الخاصة به . وقد وجد ضمن مشروع هذا القانون النص الآتى :

« يوجد قانون عام^(٦) غير قابل للتغيير^(٧) وهو مصدر القوانين المعمول به وهو لم يخرج عن كونه الالهام الطبيعى^(٨) أو المبدأ الطبيعى الذى يساس به جميع الناس . » وقد حذف هذا النص عند وضع القانون وضماً نهائياً

٥ — ولقد سلكه الناقدون بالسنة حداد وقالوا ان من عيوب هذا القانون الطبيعى انه يستحيل ان تكون مبادئه وأصوله واحدة عند جميع الناس مادام الناس مختلفين فى أخلاقهم وطبائعهم وميولهم انفسية والسياسية . فالقول بوجود مبادئ واحدة عند مختلف الشعوب مجازفة فى القول ومخالفة للواقع . ولقد مرت سنون وظهرت شعوب عدة ولم يتحقق مطلقاً وجود هذا القانون الموهوم انما الذى ثبت

(١) Portalis (٢) Droit naturel (٣) Philosophie du Droit (٤) Rousseau (٥) raison naturelle (٦) immuable (٧) Droit universel (٨) pacte social (٩)

عند كل شعب وعند كل بيئة معينة وجود قانون وضى كان هو دستور تلك الجماعة . ولم يوجد ولن يوجد سواه

٦ - على ان الآخذين بنظرية القانون الطبيعي ومحبيه لم يتركوا الناقدين دون أن يدفخوا عنهم ما حملوه اليهم من عبارات النقد الشديد . فقال محبذوه إنه من الثابت تاريخياً وعمراناً ومنطقاً ان كل جماعة كان لابد لها من دستور يسوسها ويعالج من شئونها العامة والخاصة . وهو قانونها الوضعي . أما وجود هذه الجماعة وضرورة سياستها بدستور فهو أمر طبيعي ^(١) أى أمر واقع حتى وما دام الأمر كذلك فلا بد لمن يمهّد اليه أمر سياسة هذه الجماعة فرداً كان أو مجموعاً من الأفراد - وهو الشارع ^(٢) بوجه عام - أن يتبع منهجاً معيناً وأصولاً مقررّة في وضع قانون يجب أن يتفق مع حاجات الشعب وميوله المعروفة وقت التقنين : هذا المنهج وهذه الأصول المعينة هي هي نفسها القانون الطبيعي وكلما قطعت شعوب العالم أشواطاً طويلة في طريق المدنية كلما توحدت لديها هذه الأصول انطبيعية مما اختلفت الوسائل التي استخدمت في تحقيقها . وعلى هذا النحو يمكن القول بأن القانون الطبيعي عام ولكنه قابل للتغيير والترقي في مدارج الرقي . ولقد ثبت تاريخياً ان القوانين السابقة هي غير الحاضرة . وما يأتي بعد سيكون على خلاف ما هو معروف الآن وما كان معروفاً من قبل ^(٣)

٢ - القانون الطبيعي وتطوره واثاره في القانون الفرنسي

٧ - ظهرت امارات هذا المذهب كما ذكرنا من قبل في القرن الثامن عشر بعد ان مرت الجماعات بادوار تطورت فيها تطورات مختلفة اذ كان القانون ^(٤) في الازمان السابقة يمتزج كل الامتزاج بالدين والفلسفة العامة . فكان ينصرف القانون الى سياسة الجماعات في جميع شئونها والى الرقابة على عقائدهم أى ان حكمه كان يتمشى

(١) fait naturel (٢) législateur (٣) كاتبان ص ٣ - ٤ بلايول ج ١ ص ٢ - ٣

٨ - ٤ د . وقد وردت مراجع هذا البعث بالتبذة ٨ بلايول . (٤) Droit

على الارواح والاجسام معاً . فذهب الانسان ضحية الحكومة ^(١) بحكم ذلك القانون ، تلك الحكومة التي جمعت بين السلطة الروحية ^(٢) والسلطة الزمانية ^(٣) ولا تنازعت هاتمان السلطان أمر سياسة الشعوب وتناقم النزاع بينهما في غضون القرون الوسطى ، ذلك النزاع المعروف بنزاع الكنيسة ^(٤) مع الدولة ^(٥) اخذ الفرد يتحرر شيئاً فشيئاً من القيود الدينية ، بفضل نهضة الاصلاح الديني ^(٦) المعروفة في القرن السادس عشر ، ومن القيود السياسية وسلطان الحكم السياسي ^(٧) بفضل الثورات السياسية في القرنين السابع عشر والثامن عشر . ولم تأذن الحلقة التاسعة من القرن الثامن عشر بالانتهاء حتى اشتهر في سنة ١٧٨٩ أمر الاصول الاساسية للقانون الطبيعي المعروف في ذلك العصر وعرفت بالمبادئ العصرية ^(٨) وهي المبادئ التي تقرت لحماية الفرد وسميت بالمبادئ الفردية ^(٩) لانها الحامية لهذا الفرد وقررتها الثورة الفرنسية سنة ١٧٨٩ من طريق حصرها ونشرها باسم « اشهار حقوق الانسان والوطني » ^(١٠) وروعي في وضعها انها صراع بين الفرد والسلطات وانها امانة على انتهاء الفرد بالانتصار عليها .

٨ - وتنحصر هذه المبادئ فيما يأتي :

- (١) ان القانون وجد لخدمة الفرد فيجب ان ينصرف الى العمل على حماية ملكاته وتنميتها ورعاية جسده والعمل على سعادته ويجب ان تنحصر مهمة الحكومة في هذا الشأن في تمكينه من تحقيق هذه الاغراض والعمل على كل ما يحول دون تحقيقها
- (٢) ان الفرد حر في اختيار اسلم السبل لتحقيق هذه الرغبات وهو ما يسمى بالحرية المدنية ^(١١) أو حرية الارادة الشخصية ^(١٢) ، وحرية الفرد محدودة في هذه الحالة بواجب يقوم به هو نحو الغير في ان لا يعمل ما من شأنه تعطيل الانتفاع بالحقوق عند الافراد الاخرين وبحقوق الحكومة المشرفة على الجميع
- (٣) ان من حقوق الافراد الاشتراك في وضع النظم والاصول النظامية العامة وهو ما يسمى بالحرية السياسية ^(١٣)

Empire (٥) Eglise (٤) temporel (٣) spirituel (٢) Etat (١)
conceptions (٩) idées modernes (٨) autorité laïque (٧) Réforme (٦)
Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (١٠) individualistes
autonomie de la volonté individuelle (١٢) la liberté civile (١١)
liberté politique (١٣)

هذه هي المبادئ التي تشعب بها قانون نابليون والتي تم عن القانون الطبيعي المعروف في ذلك العهد . ولكن قد لاحظنا ان القانون الطبيعي هذا لا يبقى على حالة واحدة بل هو يتغير ويتطور هو الآخر بتغير وتطور الشعوب والازمان تبعاً لما يطرأ من الظروف الاقتصادية والسياسية المختلفة

٩ — ولقد شمرت الجماعات في الوقت الحاضر بشعور التضامن ^(١) وأخذت آثار هذا الشعور تظهر في عالم التشريع في هذا الوقت وأصبحت الحكومات الآن بموجب حق المجتمع ^(٢) تتدخل في شئون الأفراد من طريق تقرير بعض الأصول لحماية من الاضرار التي تنجم من جراء النظم الاجتماعية الجديدة . وهذا ما يتعارض حتماً مع المبدأ الفردي ^(٣) الذي تشعب به قانون نابليون

فبينما كان قانون نابليون قد جعل همه حماية الملكية الفردية وأنفل أمر نظام العمل والصنائع اذ جاء الشارع في المصور الحاضرة وعالج ما أغفله القانون السابق بما هو معروف بشرائع العمال ^(٤) وهذا القانون الطبيعي الجديد هو غير ذلك القانون الطبيعي الذي كان مروجاً سنة ١٨٠٤ وقبلها ^(٥)

١٠ — وان كانت مصر لا تعرف قانوناً يحكى قانون العمال الفرنسي الا أن حركة العمال تنطور هي الأخرى في طريق النمو . ولم تغفل الحكومة أمر هذا التطور بل وفتنه أيضاً قسطه من العناية في مواقف خاصة اذ أنشأت لجائاً للتوفيق بين أصحاب الأعمال والعمال ^(٦) . ووضعت قانون الاضراب وقيدته بقيود خاصة ^(٧)

وربما قد آن الوقت لوضع قانون للعمال ينظم من أحوالهم مع أصحاب العمل بطريقة تنفق مع نمو الضرورات الاجتماعية الحاضرة ومع شبيوع الحركة الاقتصادية والصناعية والتجارية بحالة مخالفة لما كانت عليه الحال من قبل

٣ — القانون الطبيعي والشرائع الحاضرة

١١ — وما عثم أن ظهر قانون نابليون سنة ١٨٠٤ وأذيع في العالم أجمع حتى

(١) solidarité (٢) Droit social (٣) droit individuel (٤) législation ouvrière (٥) كاتان ص ٤ - ٦ (٦) قرار مجلس الوزراء في ١٨ اغسطس سنة ١٩١٩ مجموع القرارات والمشورات سنة ١٩١٩ ص ١٦ (٧) قانون رقم ٢٧ سنة ١٩٢٣ في سبتمبر سنة ١٩٢٣

عملت الشعوب الأخرى بقدر ما لديها من أقطار المدنية على الأخذ بمبادئه والعمل بأصوله وفلا شاعت فكرة التقنين من طريق التجميع^(١). وقرر القانون النمساوى الصادر سنة ١٨١١ بالمادة ٧ منه المعمول بها للآن ما يأتي : « إذا لم يرد في القانون نص ولم يتبين فيه ما يمكن الأخذ به من طريق القياس في نزاع مطلوب الفصل فيه ، وجب الحكم في هذا النزاع بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي . »

وقد يراد بالقانون الطبيعي العدالة^(٢) أى ما توحى به طبيعة الحال الى القاضي بحيث يكون حكمه متفقاً مع روح انصافون ومع الشعور بأن ما يقضى به ترناح اليه النفس ولا تنزعج منه الضمائر . ولكن الحيرة هي في معرفة القياس الذى يسار عليه في معرفة العدالة وما هي اداة الوصول اليها وكيف تتحقق . ومن المستحيل تعيين ذلك . انما العدالة أمر ظني يرجع لكل حالة خاصة . ويجب على القاضي أن يفصل في الدعوى عند غموض النص أو عند عدم النص والا اذا امتنع عن الحكم اعتبر مرتكباً للجريمة الامتناع عن الحكم^(٣) وجازت محاكمته^(٤)

٤ - القانون الطبيعي والشرائع المصرية

١٢ - ولما جاء الشارع المصرى المختلط سنة ١٨٧٥ رأت الدول صاحبة الامتيازات الاجنبية عند وضعها بالاتفاق مع الحكومة المصرية للامحة تشكيل المحكمة المختلطة ان تقرر بالمادة ٣٤ منها ما يأتي : « على المحاكم المستجدة في المواد المدنية أو التجارية التي من خصائصها وفي المواد الجنائية التي حصل التراضى على اختصاصها بها ان تتبع نصوص القوانين المقدمة الى الدول من طرف الحكومة المصرية . واذا لم يوجد في القوانين نص صريح^(٥) أو كان النص غير كاف^(٦) أو فيه إبهام^(٧) تحكم المحاكم بما تقتضيه قواعد العدل والانصاف^(٨) » وقد وردت كلمة القانون الطبيعي.

(١) codification (٢) équité (٣) déni de justice (٤) راجع المادة ٤ من القانون الفرنسى - قانون المواد ١٢٣ / ١٠٦ و ١٢٦ عقوبات مصرى . والمواد ٦٥٤ / ٧٤٦ مرافعات الخاصة بمخاصمة للقضاء وشرحا في كتاب التنفيذد ١٣٤٩ وما بعده للدكتور أبو هيف . بك (٥) silence (٦) insuffisance (٧) obscurité (٨) aux principes du droit naturel et aux règles d'équité.

بجانب العدالة بالنص الفرنسي دون النص العربي إشارة الى احتمال ان يكون المعنى واحداً ، والمفهوم من ذلك ان الشارع المختلط تأثر بالقانون الفرنسي الذى كان هادياً له فى كل تشريعاته .

ولما وضع الامتاز « مونورى »^(١) القانون المدنى المختلط سنة ١٨٧٥ نقل نص المادة السابقة الى المادة ١١ من القانون المدنى فجاءت كما يأتى : « اذا لم يوجد فى القانون نص صريح او كان النص غير كاف او فيه ابهام يحكم القاضى بما تقتضيه قواعد العدل والانصاف » والنص الفرنسي كنص المادة ٣٤ السابقة

وجاء واضع القانون الاهلى سنة ١٨٨٣ وهو « موربوندى »^(٢) وقرر بالمادة ٢٩ من لأئحة ترتيب المحاكم الاهلية ما يأتى : « ان لم يوجد نص صريح فى القانون »^(٣) يحكم بمقتضى قواعد العدل^(٤) وبمحكم فى المواد التجارية بمقتضى تلك القواعد ايضاً وبموجب العادات التجارية . « ولم يشر الشارع الاهلى الى القانون الطبيعى ولكن المقصود من العدالة هو ذلك القانون طبعاً .

٥ . - القانون الطبيعى والقضاء المصرى

١٦ - وكان من اللازم على ذلك أن يأخذ القضاء المصرى اهلياً أو مختلطاً بالعدالة او القانون الطبيعى بما يتفق مع الميول المعروفة لدى الجماعات النائية كاليثبات الاوروية وهى الميول التى تسربت الى مصر ايضاً . ولكنه عمل على نقيض ذلك فيما يتعلق بنظرية المسئولية الشينيه^(٥) ونظرية مخاطر الحرفة^(٦) وابتلى الاخذ بالمسئولية والحكم بمعيوض الا اذا ثبت حصول التقصير^(٧) . وحجته فى ذلك انه عند عدم النص لا يجوز له ان يأخذ بنصوص القوانين الجديدة التى وضعتها الشعوب الاخرى ما دام انه لم يوضع منها بمصر . ولكن اذا صح ذلك فقد كان عليه ان يأخذ ببادئ العدالة واصول القانون الطبيعى التى أوحى الى الشارحين الآخرين فى وضع تشريعاتهم الجديدة ، كما فعل ذلك فيما يتعلق بتقليد العلامات الصناعية والرموز المسجلة^(٨) أو غير المسجلة للسلطات التجارية والصناعية فيما يختص بمصادرة الاشياء المقلدة وكما فعل بشأن ملكية

à défaut d'une disposition expresse (٣) Moriondo (٢) Maunoury (١)
risque pro- (٦) responsabilité objective (٥) principes de l'équité (٤)
marques déposées (٨) faute (٧) fessionnel.

المؤلفات وحررتها وزوالها بعد مدة عينها القضاء نفسه بالرجوع الى القوانين الاوروبية
الحاضرة . (١)

في القانون علماً أو فناً

١٧ - هل يعتبر القانون في عداد العلوم أم في عداد الفنون ؟

يراد بالعلم (٢) مجموعة مبادئ أصولية وقواعد مقررة مستفادة من الطبيعة نفسها ولها
مظاهر طبيعية محكومة بهذه القوانين الطبيعية وهي لا تتغير الا بتغير مقادير
عناصرها . بحيث ان الخطأ في تقدير هذه الاصول الطبيعية يكون شبه مستحيل
عند توافر عناصرها

أما الفن (٣) فهو يختلف عن العلم اذ انه اذا كان هو الآخر محصوراً في تقرير
بعض الاصول والقواعد الا انه ليس لها من مزية الاستقرار الراسخ واستحالة عدم
التغير ما للأصول العلمية . لان أصول الفن ظنية تخمينية بخلاف أصول العلم
فانها حقيقية

وبينا ينصرف العلم الى تقرير أصول ثابتة اذ ينحصرهم الفن في وضع قواعد
تقريبية يكون الغرض منها الحصول على حالة أضمن وأدق

فالقانون من حيث هو علم فهو فرع من فروع علم الاجتماع (٤) . اذ يعمل على
تقرير الاصول الاجتماعية ، مما يراه من المشاهدات الحيوية مستعيناً في ذلك بالتاريخ
والاقتصاد السياسي ، بقدر ما تشر به الجماعات من الحاجات الضرورية . وكذلك
الحال بشأن القانون اذا انصرف الى درس الشرائع الاجنبية ، أو علم القانون المقارن
فانه يعمل أيضاً على تلمس الميول القانونية العامة عند الشعوب الأخرى فالقانون في
كل ذلك سواء كان يعمل في دائرة ينشئه هو أم خارجها لا يخرج عن كونه علماً في
تقريره الاصول العامة التي يضمنها بعد استقراء المظاهر الحيوية المحلية والخارجية .

والقانون من حيث هو فن انما يعمل على تخير أسلم الوسائل وأحسنها في تحقيق

(١) ج ١ ص ٣١٥ ن ٣٣٨٤ وما بعدها . م ت ق . ٣٢ . ٣٠ .

٢٨٣ - ٣٢ - ٨٠ . س ٩٢٠٠ . ١٠٥٠١ ومقال هام كتبه Naquet . ٣٥ - ١٣٥

٣٢٠ (٢) science (٣) art (٤) sociologie

راحة المجموع وسماحته وهذا ما يسمى بالفن التشريعى ^(١) . ويعمل على تطبيق
الاصول التشريعية تطبيقاً دقيقاً في أنواع الخصومات بين الافراد وهو ما يسمى
بالفن القضائى ^(٢) وقد استعمل بعض القانونيين في الاوقات الحاضرة كلمة سياسة ^(٣)
بدلاً من كلمة فن ^(٤) فيقولون السياسة التشريعية والسياسة القضائية والمعنى واحد
في كل منها ^(٥) .

في أقسام القانون المعمول به

١٨ - ينقسم القانون المعمول به الى قسمين . قانون أهلى ^(٦) وقانون دولى ^(٧)
فالاول يختص بأهل البلد الواحد والثانى بالشعوب ويسمى الثانى عاماً ^(٨) ويتفرع
منه القانون الدولى الخاص ^(٩) وهو ما يتعلق بالشئون غير السياسية الخاصة بالاجانب
داخلى البلد كاحوالهم الشخصية .

والقانون الاهلى ينقسم الى ما يأتى :

(١) قانون عام ^(١٠) ويشمل القانون النظامى ^(١١) والقانون الادارى ^(١٢) والقانون
الجنائى ^(١٣)

(٢) القانون الخاص ^(١٤) ويشمل القانون المدنى ^(١٥) والقانون التجارى ^(١٦)
والقانون البحرى ^(١٧) وقانون الحرف والصنائع ^(١٨) والقانون الزراعى ^(١٩) وقانون
المرافعات ^(٢٠) المدنى او الجنائى . ويسمى القانون المدنى أيضاً من بعض وجوهه
بالقانون الخاص الاقتصادى ^(٢١)

(١) art législatif (٢) art jurisprudentiel (٣) politique (٤) art
(٥) كتابتان من ٧٦ - ٧٧ - بلايتول من ٢ ٣ (٦) droit national (٧) droit international
(٨) droit international public أو droit des gens (٩) droit international privé
(١٠) droit public (١١) droit constitutionnel (١٢) droit administratif
(١٣) droit pénal أو droit criminel (١٤) droit privé (١٥) droit civil من كلمة cité
(١٦) droit commercial (١٧) droit maritime (١٨) droit industriel
(١٩) droit rural (٢٠) procédure (٢١) droit privé économique أو
droit privé patrimonial.

في الفرق بين القانون العام

والقانون الخاص

١٩ - القانون العام يتعلق بتقرير أصول عامة لنظام الحكومة الدستوري أو نظامها الإداري وتوقيع جزاء على من يعمل على المبتذنايا بالمصلحة العامة أو المصلحة الفردية لذلك تكون نصوصه آمرة ^(١) أي الزامية للأفراد

ولما القانون الخاص فهو يقرر قواعد في مجموعها ، الا النذر القليل منها ، اختيارية ، ^(٢) أي تسمية أو تقريرية يرجع اليها اذا لم يتفق العاقدان على خلافها في العقود القانونية المقودة بينهما ^(٣) فقرر هذا القانون للأفراد حرية الارادة في التعاقد ^(٤) وجعلهم أحراراً فيما يتعاقدون عليه بما يتصل بهم وبأنفسهم الى حد معين . وهذا الحد المعين هو ما يسمى بالنظام العام ^(٥) وهو ما يترتب عليه الاخلال بالتوازن الاجتماعي واضطراب الحركة الاقتصادية المضطربة .

قررت ذلك المادة ٢٨ بالفقرة الأخيرة من لأئحة ترتيب المحاكم الاهليه فقالت « وكل اتفاق خصوصي مخالف للقوانين المتعلقة بالنظام العمومي والاداب باطل لا يعمل به . » ^(٦)

فخالف النظام العام يعتبر باطلا . ونقول المادة ٦ من القانون الفرنسي : « لا يجوز بواسطة الاتفاق بين الافراد مخالفة القوانين الماسة بالنظام العام والعوائد الحسنة » ولم يبين القانون المواد الخاصة بالنظام العام والتي لا تخصه . وأمر ذلك متروك لتقدير الشارع نفسه ائما الغالب انه اذا جعل بطلان العقد جزاء المخالفة ^(٧) اعتبر نصه ماسا بالنظام العام كما اذا قرر الرضمية للبهة او للرهن العقاري الرسمى . ويحصل انه يعطل من مفعول العقد اذا لم يلاحظ العاقدان ضرورة القيام بعمل خاص قرره الشارع ، كما قرر قانون ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ رقي ١٨ و ١٩ اهلى ومختلط بالمادة ٦ بأنه : « يجب التصديق على امضاءات وأختام الطرفين الموقع بها على المحررات العرفية المقدمة للتسجيل . ويكون التصديق ... »

(١) dispositions impératives (٢) dispositions supplétives ou déclaratives
(٣) actes juridiques (٤) volonté autonome (٥) ordre public
(٦) On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui
(٧) à peine de nullité intéressent l'ordre public ou les bonnes mœurs.

٢٠ - والغالب في العقود أن يبين الماعدان نتائجها . فإذا لم يبينها رجح في بيانها الى القانون نفسه كما في البيع والايجار ويقال هنا بأن القانون يرض ^(١) ولا يأمر ^(٢) وللمتعاقدين النزول عما يقرره لهم القانون من الحقوق . مثل التعويض ، على شرط أن لا يكون ناشئاً عن التدليس فلا يصح المتعاقد على الاعفاء منه لانه ماس بالنظام العام ، كالشرط الوارد بأوراق شحن البضائع بمصلحة السكة الحديدية في حالة ضياع البضائع أو تلفها . فإذا ضاعت بفعل السرقة من جانب عمالها بطل شرط الاعفاء من التعويض وتحتّم الحكم بالتعويض لان القانون لا يرضى بهذا العمل الضار بالنظام العام وقد يحصل أن الشارع نفسه ، عند ما يرى أحد المتعاقدين قد لا يستوى في درجة حرية التعاقد مع الآخر ، يعمل على حمايته تشريعاً فيسد بذلك ما نقص لديه من قسط حرية التعاقد . كما يحصل ذلك بقوانين العمال بأوروبا أو كما حصل أخيراً بمصر بقانون تقييد أجور المساكن الصادر في ٢١ فبراير سنة ١٩٢١ رقم ٤ اذ قرر بالمادة ٣ فقرة ٢ بأنه يجوز للمستأجر أن يسترد ما دفعه برضائه بطريقة مخالفة للقانون . وقرر بالمادة ١٢ منه ابطال ما اشترطه المستأجر على نفسه من دفع ايجار أكثر من القدر المعين بذلك القانون .

وهناك نصوص قانونية تسمى بالنصوص المقررة ^(٣) وهي التي تقضى برأى معين في حالة معينة كما قضت المواد ٦٠٧ / ٧٣٣ مدني و ٦٠٨ / ٧٣٤ و ٤٥ / ٦٨ و ٢٢٧٩ مدني فرنسي فان ملكية المنقول تحصل بوضع يد المشتري بحسن نية

٢١ - وإذا كان القانون يقر حرية التمتع بالحقوق عند الفرد كحق الملكية مثلاً (٢٧ / ١١ مدني و ٥٤٤ فرنسي) فان لهذه الحرية المطلقة حداً تقف عنده . بمعنى أنه اذا صرف المالك حقه في الكيد من جاره أو استخدم حقه بطريقة لا بد أن ينشأ عنها ضرر حتى بالغير وجب عليه تحمل الضرر (نظرية الاعتساف في الحق في الحالة الاولى ونظرية المسؤولية الشيئية ^(٤) في الحالة الثانية)

(١) propose (٢) n'impose pas (٣) lois dispositives (٤) responsabilité objective

ومن هنا نرى ان نص الشارع في المادة ١١/ ٢٧ مدني و٤٤٤ بن « الملكية هي الحق للمالك في الانتفاع بما يملكه والتصرف فيه بطريقة مطلقة »^(١) قول لا يؤخذ به على هذا الاطلاق ما دام ان الحق مقيد بالمصلحة العامة .

في مصادر القانون

٢٢ - مصادر القانون أو ينابيه على نوعين . مصادر تشريعية^(٢) وهي القانون^(٣) والمادة^(٤) ومصادر تفسيرية^(٥) والثانية تعتبر مكملّة للأولى باعتبار أن هذه الأخيرة هي الأصل . والمصادر التفسيرية هي الفقه^(٦) والقضاء^(٧)

١ - في المصادر التشريعية للقانون

١ - القانون

٢٣ - القانون^(٨) معان كثيرة . فالقانون من الوجهة الفلسفية هو الأصل الثابت المقرر لجملة مظاهر حيوية معينة . والقانون من الوجهة العلمية القانونية^(٩) هو بالمعنى الواسع^(١٠) كل قاعدة إلزامية . فيقال قانون المقد مثلا^(١١) . والقانون من الوجهة الوضعية هو القاعدة أو النص الإلزامي للأفراد قد وضعته السيادة العامة^(١٢) ليكون عاماً شاملاً لجميع الأفراد وبمحصل أن لا يكون عاماً فيقتصر مفعوله على فرد أو أفراد معينين ويقال له في هذه الحالة عمل تشريعي^(١٣) والقوانين منجمة تسمى بالقانون المطور^(١٤) وهو القانون المتبع عملاً^(١٥) بما يدخل في هذا الأخير من العادات التي سيأتي ذكرها .

ونرى أن تأتي بلحمة سريعة على الحركة التشريعية بمصر الى وقتنا الحاضر . ونترك التفصيل في ذلك الى ما أبتناه بكتابنا في الالتزامات أو المدائيات (ج ١ ص ١ - ٦٣)

(١) de la manière la plus absolue (٢) sources législatives (٣) loi (٤) coutume (٥) sources d'interprétation (٦) Doctrine (٧) jurisprudence (٨) loi (٩) ordre juridique (١٠) lato sensu (١١) loi du contrat (١٢) autorité souveraine (١٣) acte législatif (١٤) droit écrit (١٥) droit positif

٢ - لمحة سريعة في تاريخ التشريع بمصر

٢٤ - كانت السلطة التشريعية والتنفيذية على اختلاف أنواعها من قضائية وإدارية بيد الفراغة وكانت الحكومة ملكية غير دستورية وكان الملك فيهم يتخير من بين رجاله وزيراً بكل إليه الإشراف على جميع مصالحه وكانت قوانين مصر في عهد الفراغة أرقى قوانين الأمم الأخرى المعاصرة لها . وفي مقدمتها القانون المشهور الذي وضعه « بوخوديس » أحد ملوك الأسرة الرابعة والعشرين . وقانون « أمازيس »

ويؤكد ريفيو ^(١) أحد المشتغلين بالقوانين المصرية القديمة بأن قانون الاثني عشرة لوحة ^(٢) أخذ عن القوانين المصرية بواسطة قانون سولون ^(٣) اليوناني الذي نقل شيئاً كثيراً عن قانون « بوخوديس »

وفي عهد الرومان كان لمصر والرومان مقره الاسكندرية ويتنقل في البلاد لفصل فيما يقع بين أفرادها من الخصومات

وظلت مصر من تاريخ الفتح الاسلامي سنة ٩٣٦ م لغاية سنة ٨٦٨ ولاية تابعة للخلافة يحكمها وال منتقل من قبل الخليفة يتصرف في شئونها بما يوافق سنن الاسلام والعدالة وله تنصيب القضاة

وكان القاضي في عهد الدولة العباسية لا يقضى بمذهب خاص بل يجتهد أو يقضى بمذهب أحد الأئمة . وأشهر قضاة العرب « المفضل » الذي كان أول من عفى بتدوين أسباب الاحكام

ثم انتقلت مصر الى حكم الترك بعد أن ظلت زمناً تحت حكم المماليك بلا قانون ولا نظام

ثم دخلها الفرنسيون سنة ١٧٩٨ على يد نابليون وأنشأ مجلساً نيابياً (ديواناً)

٢٥ - عهد التقنين من غير طريق التجميع : يقع هذا العهد بين حكم محمد علي وإسماعيل إذ أنشئت بمض المجالس وقررت بمض القوانين بشكل مواد موزجة .

وأهم إسماعيل مع وزيره نوبار من سنة ١٨٦٧ بإنشاء المحاكم المختلطة بالاتفاق مع الدول صاحبة الامتيازات الأجنبية وأنشئت المحاكم فعلا سنة ١٨٧٦ . وإسماعيل هو أول من قرر إنشاء مجلس الوزراء في أغسطس سنة ١٨٧٨

٢٦ - في عهد 'نفتين من طريق التجميع : يراد بالتجميع ^(١) جمع القوانين مرتبة على شكل مواد في مجموعة واحدة . هذا العمل لم يعرف الا في عهد إسماعيل عند إنشاء المحاكم المختلطة سنة ١٨٧٦ وفي عهد توفيق سنة ١٨٨٣ عند إنشاء المحاكم الأهلية

٢٧ - 'التسريع المختلط : وضع القوانين المختلطة المحامي الفرنسي مونوري ^(٢) ورجع فيها الى القانون الفرنسي ^(٣) والى ماقرره القضاء والعقود الفرنسيان (المادة ٤٨ / ٧٠ مدني) وإلى ماقرره الشريعة الاسلامية (٣٨ / ٥٩ مدني) الخالصة للمادة الفرنسية ٦٤٦ فيما يتعلق بالحائط المشتركة)

وكانت تقضي الامتيازات الأجنبية بضرورة موافقة جميع الدول صاحبة الامتياز على كل قانون يراد سريانه على الاجانب وذلك طبقاً للامتياز التشريعي ^(٤) وتمدلت المادة ١٢ مدني مختلط بالقانون رقم ١٧ سنة ٩١١ وبيح جواز سريان القانون على الاجانب بمجرد اقرار الجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف له

١٨ - -- ولما لم يوجد نظام خاص للنقض والابرام في المسائل المدنية أضيفت المادة ٤١٦ مكررة لقانون المرافعات المختلط بلقانون رقم ٢٤ سنة ١٩٠٦ بأن أجاز لمحكمة الاستئناف المختلطة في أي دائرة من دوائرها اذا رأت هذه الدائرة ان المسألة القانونية المطروحة أمامها قد تمارضت فيها آراء الدوائر الأخرى ، أو اذا رأت انه لا بد لها ان تمحل عن مبدأ مقرر من قبل ، أجاز لها في كل من هاتين الحالتين عرض المسألة القانونية على دوائر محكمة الاستئناف مجتمعة ببيأة محكمة للبث في مصير

(١) Codification (٢) Maunoury (٣) دي مجلس ج ١ ص ١١٠ ن ٣٣ ف ٢ ووضع هذه القوانين شخص واحد وكان في تقريره للبادئ القانونية يتخطى الشرائع من حقوق القانون الفرنسي حتى جاء القانون المعزى وقد شبه النص في كثير من مواضعه : دي مجلس ج ١ ص ١١ وما بعدها (٤) Immunité législative

هذا المبدأ القانوني . وإن لم يكن لما تحكم به أثر الزامى بالنسبة للدوائر والمحاكم
الآخري إلا أنه لا يخلو على كل حال من الأثر العلمى الأدبى (١)

٢٩ . — **التصريح الأهلى** : وضع القوانين الأهلية موريوندو (٢) الإيطالى
المتوفى سنة ١٩١١ (٣) وراعى في وضعها القوانين المختلطة والقوانين الفرنسية والشرعية
الاسلامية وما قرره القضاء المختلط من سنة ١٨٧٦ لنهاية سنة ١٨٨٣ وعدلت هذه
القوانين بقوانين أخرى متقطعة جرياً وراء تطور البلاد من الوجهة الاقتصادية وما
أظهره العمل من النقص التشريعى . وقد انشئ في المحاكم الأهلية نظام الدوائر المجتمعة
أيضاً (نبذة ٢٨) بمقتضى مادة ٣٧١ مكررة التى أضيفت الى قانون المرافعات الأهلى
بالقانون رقم ٣٠ سنة ١٩٢١

٣٠ — **التصريح الشرعى** : كانت الشريعة الاسلامية هي قانون البلاد
في عهد العرب والأتراك وقد كان الالتزام في القضاء معروفاً بمصر عند تولية محمد
على عليها وقد عدل الشارع المصرى نظام هذه المحاكم بجملة لوائح وأهمها لائحة

(١) راجع تقرير المستشار القضائى سنة ١٩٠٤ ص ١٦ - ٥١ النسخة العربية . - اذ ترى
فيه المناقشات التشريعية الخاصة بالاصول القانونية التى رجع اليها في وضع هذا القانون الذى يستبر
نواة لمحكمة قضى وإمام . وراجع كتاب الدكتور ابو هيف بك في المرافعات بند ٣١٨ في كل
ما صدر منها من الاحكام وفى كيفية تطبيق المادة (٢) Moriondo (٣) جاء في تقرير المستشار
القضائى عن سنة ٩١١ النسخة العربية ما يأتى : (ص ١٨) « ولقد خضرت محكمة الاستئناف
المختلطة في شهر ديسمبر خسارة عظيمة بوفاة وكيلها الميجل المرحوم للسو موريوندو الذى لبث
زماً في خدمة الحكومة المصرية يتقلب في كثير من الوظائف القضائية منذ سنة ١٨٧٥ وشق
موسه على الحكومة نفسها كما شق على زملائه وعلى الجمهور اجناً » تبين المأسوف عليه موريوندو
قاضياً بمحكمة الاسكندرية في يونيو سنة ١٨٧٥ ثم دعى بعد ذلك بخمس عشرة سنة تقريباً الى
في سنة ١٨٩٠ ليكون مستشاراً خديوياً بقلم قضايا الحكومة طلبت في هذا المركز الى ادوين
في سنة ١٨٩٤ مستشاراً ايتالياً بمحكمة الاستئناف خلفاً للسو جاكوبه فكان فيها ركناً من اركان
القضاء وانتخب نائباً عن وكيل المحكمة في سنة ٩٠٢ ثم وكيلها في سنة ٩٠٩ وكان قاضياً متضلماً
ذاعقة جداً في عمله وكانت له في النفوس طول مدة خدمته حرمة كبيرة مقرونة بلجبه وكان
الى ما قبل وفاته يضع اساميع من اكثر الفضائل جداً ومن اصبرهم على العمل بالرغم من تعذيبه
في الممر » اه

سنة ٩١٠ رقم ٣١ التي رتب من نظام هذه المحاكم وجعلها على نسق المحاكم الاهلية في الشكل والاجراءات المصرية الحديثة

٣١ - كلمة عام : ويلاحظ في القوانين الجديدة الاهلية والشرعية الصادرة بعد سنة ١٨٨٣ أن رأى الهيئة التشريعية فيها اختياري وان الكلمة للحكومة ، ماعدا تقرير الضرائب ، طبقا لما كان يقص به نظام مجلس شورى القوانين والجمعية العمومية المنشأين سنة ١٨٨٣ والجمعية التشريعية المنشأة سنة ١٩١٣ . واما بمقتضى الدستور الحاضر الصادر في ابريل سنة ١٩٢٣ فانه قد أصبح لمصر برلمان دستوري بعد ان أصبحت دولة مستقلة عقب ثورتها الحاصلة في مارس سنة ٩١٩ وتصريح الحكومة الانكليزية في ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ ولا يجوز الان سريان القوانين على الافراد الا اذا صادق عليها مجلس النواب ومجلس الشيوخ .

٣٢ - في صعوبة التقنين امام الهيئات النيابية وفي نفخ القانون عند سنه بمعرفة شخص واحد : وضع القوانين الاهلية والمختلطة شخصان كل منهما منفرد . وهذه مجازفة في التشريع ظهرت عيوبها فيما بعد في مجال العمل من غوض في المواد وقصرها دون تأدية المعنى المقصود منها . واذا قلنا ذلك بالقانون الفرنسي الذي لم ينجح نابليون في وضعه الا في المرة الخامسة من المشروعات الخمسة وجدنا بونا شاسعا مع ان القننين بطريق التجميع امام هيئات نيابية محفوف بالتعاقب ولقد اوشك القانون الفرنسي ان يفشل اكثر من مرة امام هذه الهيئات لولا اصرار نابليون على اصداره وتذليله للصعوبات التي اعتوت له . ويحكى القانون الالماني الصادر سنة ١٨٩٦ المعمول به من سنة ١٩٠٠ في تقنينه هو الآخر هذه الصعوبات نفسها .

٣٣ - في نقد القانون الفرنسي والرد على النقد : كان يفخر نابليون بخروج قانونه الى عالم الوجود في عهده . وقد أصاب في نظره لان الشعوب الاخرى أخذت به ونحت نحوه مثل ايطاليا سنة ١٨٦٥ واسبانيا سنة ١٨٨٩ والبرتغال سنة ١٨٦٧ ورومانيا سنة ١٨٦٥ وأمريكا الجنوبية ومصر سنة ١٨٢٥ واليابان . حتى

المانيا قد استفادت منه أيضاً في قانونها المنشور سنة ١٩٠٠ اذ رجعت اليه في الوصية المكتوبة بخط اليد ^(١). وما حانت سنة ١٩٠٤ حتى احتفلت جمعية الابحاث التشريعية بباريس ^(٢) بالعيد المئوي للقانون الفرنسي ونشرت ابحاثها العلمية المستفيضة بمجلدين عظيمين بعنوان خاص ^(٣) وأصبح هذا القانون في العالم المتمدين علماً من الاعلام الخفاقة لغفر فرنسا في عالم التقنين والقانون

على انه لم يفلت هذا القانون من نقد الناقدين اذ اتهمى عليه باللائمة النكادة المعروف العالم الالماني « سافيني » ^(٤) زعيم المذهب التاريخي ^(٥) وهو من أشد المخلصين معارضة للتشريع من طريق التقنين وحصر المواد وافراغها في قالب معين ومحدد . وهو يجذب المذهب الآخر الآخذ بالمادات ^(٦) لان العادات ألين عريكة مع حالات التطورات المختلفة للشؤون الاجتماعية ، بخلاف المواد قاتها جامدة لاتنها مفرغة في نصوص صامتة . ولكن اذا صح هذا الرأي من بعض وجوهه (مع انه يبالغ باجتهاد الفقه والقضاء) فان للمادات خطورة في مرونتها غير المحدودة وفي تمددها وتناقضها أحياناً بما يلقى الحيرة والاضطراب في تنظيم الشؤون الاجتماعية . وقد يدل تاريخ حياة الشعوب على ميل الجماعات الى التقنين من طريق التجميع . فقد وضعت المانيا قانونها المشهور سنة ١٨٩٦ . ووضعت سويسرا قانون الالتزامات الشامل لمقاطعاتها سنة ١٨٨١ ثم عهت أخيراً الى أستاذ القانون السويسري المشهور « هوبير » ^(٧) في وضع القانون العام الشامل لجميع المقاطعات ، ووضع ونشر فعلاً في أول يناير سنة ١٩١٢ ^(٨).

٣٤ - وبعد هذا القانون في نظر ذوي العرفان انه في مصاف الاعمال التشريعية الجليلة هذا العصر . وقد أخذ ناهو الانكليز السكسونيين في انكثرا وفي أمريكا يفكرون ملياً في مصير قانونهم المعروف ^(٩) وما لاحظوه من التعارض أحياناً بين العادات وما يمانيه القاضي في ذلك من معرفة ما اذا كان القديم منها

(١) testament olographe (٢) Société d'études législatives (٣) Le Code L'école historique (٤) Savigny (٥) civil, 1804-1904 Livre du Centenaire. (٦) Hubert (٧) coutumes (٨) راجع تفصيل ذلك في بلايرول الجزء الاول السابق ص ٢٢-٣٠ ن ٦٠-٨٦ - كابتان ص ١٠-١٦ (٩) للمروف باسم Common Law

لازال الاخذ به ممكناً أم لا . وترتب على هذه الحال ان التناقض في تلك البلاد أصبح محفوظاً بمصاعب وتمقيدات جمة يشوبه البطء وكثرة المصاريف والرسوم . ويظهر أن ما جربه الانكليز في مستعمراتهم والبلاد التابعة لهم كبلاد الهند من التقنين عن طريق التجنيد قد جعلهم يشعرون بصلاحيه هذا الاسلوب التشريعي ورجحانه عن أسلوب العادات المبهمة والغامض^(١)

٣٥ - وقال الناقدون لقانون نابليون ان هذا القانون لم يكن جريئاً ولم يأت بمستحدثات وانه ملخص للقوانين السابقة عليه مع شئ من التهذيب بما املته على واضعيه الميول السياسية التي كانت مروفة قبل واثناء وخقب الثورة الفرنسية سنة ١٧٨٩ ولكن يلاحظ ان هذا العيب ربما كان هو أحد فضائل هذا القانون . وقال في ذلك « جيزو »^(٢) « اذا فكر الانسان ان يذهب بعيداً في عمله ربما رجع فيه القهقري »

٣٦ - ولقد خلا الناقدون فيه حتى دفعهم الامر الى عقد لجنة خاصة سنة ١٨٦٦ مكونة من كبار رجال ائقانون في ذلك العهد واجتمعت مرات وناقشت فيها هذا القانون الذي كانت تقول عنه انه مجموعة قوانين عنيقة وانه خال من الاسلوب واغتيال والوحدة .

اما القانون الفرنسي في مجموعه فهو لا يزال الأثر انطالدا احتواه من المبادئ العامة الدائمة ويكاد يحكى من هذه الوجهة مظهراً من مظاهر القانون الطبيعي

٣٧ - في 'عادة النظر'^(٣) على قانون نابليون أو في 'عادة تفهين برمنه'^(٤)

في سنة ١٩٠٤ عند الاحتفال بالعيد المئوي لقانون نابليون اختلف العلماء بشأن تعديل هذا ائقانون . فقال بعضهم بضرورة اعادة النظر فيه (كولين وكاتبان) أي تهذيبه وتنقيحه . وبعضهم قال باعادة قنينته وسنه (لارنود)^(٥) ويولور^(٦) . وبعضهم لا يرى محلاً لذلك كله بالرة (بلانيول)

فمن رأى تهذيب بعض عباراته وكلماته رجع في ذلك الى أنه لاحظ وجود كلمات

(١) كتابان من ١٧ - ٢٠ بلانيول من ٣٠ - ٣٥ ن ٨٧ - ٩٦ Guizot (٢) revision (٣)

Pilon (٦) Larnande (٥) refonte (٤)

بمجان مختلفة^(١) وأنه نشأ عن ذلك خلاف في الآراء وتقرير في المذاهب القانونية. ولاحظ فيه أيضاً تكراراً وعبارات لا فائدة منها. ومن حيث شكله فإنه يحكي الترتيب الذي لوحظ في الكتاب القانوني الذي أوعز بوضعه الامبراطور جوستنيان وأعدده لطلبة الحقوق^(٢) والذي وُجِع فيه الى نظام كتاب جوس^(٣) وهو نظام لم يلحظ فيه الترتيب المنطقي المقول

على أن كل هذا لا يقدح في سلاسة عباراته ودقتها وسهولتها تلك السلاسة والسهولة اللتان اختص بهما قانون نابليون دون القانون الألماني، الذي وضع في قلبه على دقيق ليس من السهل فهمه لدى الكافة وعامة الناس. هذا من الوجهة الشكلية أما من الوجهة الموضوعية فقد لاحظوا عليه نقصاً في التشريع فيما يتعلق بنظرية التأمين^(٤) والتعاقد بشأن العمل^(٥)

أما بلانيول فإنه لا يرى محلاً لهذا التمديل الكلي أو الجزئي ويرى الاكتفاء بما يصدر من القوانين الجديدة

٣٨ - على أن الحكومة الفرنسية عقب الاحتفال بمرور مائة عام على العمل بقانون نابليون أنشأت لجنة لفحص القوانين الأجنبية ودرسها وتقرير ما يرى صالحاً لا إدخاله بالقانون المدني الفرنسي عند إعادة النظر فيه

٣٩ - تطور التقنين مع تطور الجماعات - لا زلنا نقول بأن القانون هو صورة تنعكس فيها الحالة الاجتماعية. فالقانون هو وليد الحوادث الاجتماعية اذ هي التي تنشئه وتوجده وليس هو الذي يوجدها إنما ينظمها ويرتبها ويعمل على تحسينها. لذلك لوحظ أنه عند حصول تغيير في الحالة الاجتماعية تسن القوانين الموافقة لذلك التغيير. مثلاً كان القانون الفرنسي لا يعرف كيفية حماية العمال^(٦) وهم جماعة الموزين^(٧) الذين عاشوا أزماناً تحت سلطان الضغوط المافقة. فلما ترقى الصناعة واتسعت أرجاؤها^(٨) وتمددت الآلات البخارية^(٩) تقام العوز بهذه الجماعة فنُبِيت لمصالحها

(١) مثل acte و titre و faute و nullité (٢) وهو المسمى Institutes de (٣) Institutes
(٤) Gaüss (٥) assurance (٦) Proletaires (٧) Proletariat
(٨) Industrialisme (٩) Machinisme

وذاñت عن نفسها ومثلها بض النوابى البرلمان . فصدت قوانين عدة مشبعة بروح الاشتراكية المتدلة لحماية لهؤلاء العمال من كوارث الأمراض واحتمال الفاقة والعوز وقررت لهم ضروب عدة لحمايتهم ولتقرير أنظمة خاصة تضمن لهم ما يقوم به حياتهم عند المرض أو الهابة من العمل أو عند الشيخوخة

بل تدخلت الحكومة فى أكثر من ذلك أيضاً وقررت أنظمة خاصة باغانة الموزين بوجه عام وتقرير جمل خاص لمن كان كثير الاولاد واعفائه من جزء من الضرائب ، وعلى العكس من ذلك تثقيل كاهل العازب بالضرائب . وهذه الحالة الجديدة هى احدى نتائج الحرب المالية الطاحنة التى خللت تفنك بالعالم البشرى اجمع خمس سنوات طوال وهى تمصده حصداً حتى قل النسل وخيف فقد التوازن فى النسب المعروف من قبل

٤٠ — **القشريع المصرى الحديث** : كذلك الحال فى الشؤون المصرية . فان الشارع المصرى أهلياً كان أو مختلطاً لم يقف بعيداً عن التطورات الاجتماعية اقتصادية كانت أو سياسية أو فلسفية بل أخذ يعالج هو الآخر أموره الحيوية بسن قوانين تتفق مع هذه التطورات المختلفة فى تنظيم المحاكم وفى تنظيم الشؤون الحيوية وسياستها بما تقتضيه ظروف الأحوال . اذ عدل من النصاب النهائى للقاضى الجزئى وجعله مبلغ ٢٠ جنيناً بدلاً من ١٠ جنيهات لتزول قيمة الأسمار . وعالج حماية الاطفال بمامل حليج القطن وغيرها . وكان شديد عنايته منصرفاً الى الشؤون الزراعية نظراً لطبيعة البلاد حتى أنشأ لذلك وزارة للزراعة . وعنى بمسائل القطن زراعة وبيعاً وشراءً وتصديراً . وأصدر قانون تقييد أجور المساكين وتقيص ايجارات الأراضى الزراعية وهى قوانين على ما فيها من هدم الاصول القانونية لحربة التعاقد الا انه لوحظ أن الحرية هذه لم تكن صحيحة وان الناس كانوا يعملون تحت سلطان الضغط والاكرام الأدبى . وهكذا من القوانين الصارخة التى هى صدى للشئون الاجتماعية الحالية التى لا يمكن أن تترك وشأنها دون معالجتها تشريعياً بواسطة السلطة الحاكمة

هذا ولما علت الشكوى من تناقض الاحكام في تقريرها للاصول القانونية
أضاف الشارع المصرى الاهل المادة ٣٧١ مكررة لقانون المرافعات بتقتضى القانون
رقم ٣٠ سنة ١٩٢١ الصادر فى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢١ وقرر ماسبق للشارع المختلط أن
قرره سنة ١٩٠٦ من انشاء الدوائر المجتمعة بمحكمة الاستئناف لتتخذ بهيأة دائرة
لفصل فى المبادئ القانونية المختلف فيها أو المراد المدول عنها . وهذه خطوة كبرى
فى سبيل ايجاد محكمة النقض والابرار فى المسائل المدنية (نبذة ٢٩)

٣ - العادة

المادة (١) أو القانون غير المسطور (٢) هى طائفة من الاصول اقلية
لم يضعها الشارع نفسه بالطريقة التشريعية انما عمل على الأخذ بها باعتبارها وليدة
الحاجات والعوائد الخاصة بالحياة الاجتماعية . والعمل بالعادة آت من طريق التعود
على الأخذ بها . ويمكن الوقوف عليها بالمباحث القضائية أو احكام المحاكم أو كتب
رجال القانون

والأصل فى الشرائع الخاضرة أن تكون مسطورة ومملنة على الافراد وأن
تكون نتيجة إبحاث نواب الامة . الا أن الشارع يرجع فى كثير من الاحوال الى
الاباحة للقضاء فى الاخذ بالمادات لانها تختلف باختلاف البلاد وتتطور هى الأخرى
مع الزمن . فالتفويض من جهة الشارع للقضاء بالاخذ بالمادات ليس معناه الانابة
التشريعية أى تفويض تشريعى من الشارع للقاضى (٣) لان ذلك محظور دستورياً
اذ لا وكلة فى التشريع أى لا يجوز للشارع توكيل غيره فى التشريع (الا فى بعض
مسائل معينة يراد بها وضع لوائح تنفيذية أو ابضاحية أو تكميلية بحيث لا تخرج
فى اجرائها عن القواعد المقررة ، المادة ٢٨ من لائحة ترتيب المحاكم الاهلية . -
المادة ٣٤٨ / ٣٤٠ عقوبات) اذن لا يعتبر ذلك توكيلاً (٤) بل تأييداً تشريعياً
للعادة ذاتها (٥)

٤٢ - وقد أتاح الشارع بنصوص صريحة الاخذ بالمادات فى بعض المواطن

من القانون المدني . وأخذ هو بالمادات في موطن آخر من القانون المدني ، دون الانفصاح عن ذلك بنص أفصح الشارع فيما يأتي :

قرر الشارع في القانون المدني الأخذ بالمادات في كثير من مواده . اذ قرر الأخذ بصرف البلد ^(١) في تقرير حق الارتفاق المتفق عليه بين طرفي العقد (المادة ٣٠ / ٥١ مدني و٦٣٧- فرنسي) ورجع الى عرف البلد ^(٢) في تعيين قيمة الإيجار عند عدم وجود عقد (المادة ٣٦٣ / ٤٤٦ مدني و١٧١٥ فرنسي) واستند الى العرف الجاري ^(٣) فيما يتعلق بأخبار المستأجر بترك العين المؤجرة عند عدم تعيين مدة الإيجار وعند حفظ حق المستأجر في المحصولات (المادة ٣٨٣ / ٤٦٨ مدني و١٧٥٨ فرنسي) واذا بقي المستأجر في العين بعد انتهاء عقد الإيجار رجع الشارع أيضاً في تعيين المدة الجديدة الى المدد المعتادة ^(٤) (المادة ٣٨٦ / ٤٧١ مدني و١٧٥٩ فرنسي)

والفروض في ذلك كله أن الماقيدين عند عدم الافصاح قد أراد الرجوع الى العادات أى عوائد الاهالي . فكأن العادات هذه هي نصوص تسمية ^(٥) أو تقريرية ^(٦)

وقرر الشارع أيضاً في تفسير المقود انه يرجع في معرفة مرمى العقد الى الغرض الحقيقي الذي يقصده المتعاقدان بصرف النظر عن الالفاظ والى العرف الجاري ^(٧) (المادة ١٣٨ / ١٩٩ مدني و ١١٥٩ و ١١٦٠ فرنسي)

أما المسائل التجارية فلفروض فيها انه لابد من الرجوع الى العادات التجارية دون الحاجة الى نص صريح بذلك كما فعلت لائحة ترتيب المحاكم المختلطة بالمادة ٣٤ ونصت لائحة المحاكم الاهلية على الأخذ بالعادات التجارية ^(٨) بالمادة ٢٩ . ولا يرجع الى العادات التجارية اذا تعارضت مع نصوص صريحة في القانون لان غرض الشارع مقطوع فيه وقتئذ بانه لم يرد الأخذ بالعادات بل أراد العمل على تقيضها .

(١) usages locaux (٢) usages des lieux (٣) les usages (٤) termes
d'usage (٥) dispositions supplétives (٦) dispositions déclaratives (٧) l'usage
(٨) usages commerciaux

هذا فيما أفصح فيه الشارع بنصوص صريحة

٤٣ - أما فيما لم يفصح فيه فقد لاحظ الشارحون الفرنسيون قانون نابليون أنه في تقريره نظرية دعوى ابطال التصرف ^(١) المادة ١١٦٧ (وهي المقابلة للواد المصرية ١٤٣ / ٢٠٤ مدني و ٥٥٦ / ٦٨٠ مدني) لم يبين شرائط هذه الدعوى ونتائجها القانونية على ما هو معلوم عنها من اتساع دائرة القول فيها . وقال الشارحون في ذلك بان الشارع الفرنسي لم يرد بهذا الايجاز الغريب في مادة واحدة مخالفة ما تقدمه من أقوال رجال القانون السابقين على نشر قانون نابليون . بل أراد على العكس من ذلك مؤازرتهم فيما سبق لهم أن قرروه . والدليل عليه أحكام المحاكم الفرنسية وآراء فقهاءها ^(٢)

إذا علم ذلك فهل أراد الشارع المصري كذلك بمادتيه المصريتين ١٤٢ و ٥٥٦ أن يرجع الى العادات ؟ وما هي هذه العادات ؟ هل هي عادات فرنسية أم مصرية ؟ المعقول أنه لا يرجع الا الى العادات المصرية التي كانت معروفة قبل سن القوانين المختلطة سنة ١٨٧٥ . ويظهر ان مرنوري ^(٣) واضح هذه القوانين المختلطة لو كان قد لاحظ خلافاً بين هذه العادات المصرية ومثيلاتها الفرنسية لكان قد نص على ما يشير الى هذا الخلاف . أما وهو لم يفعل فالمفروض أنه أقر هو الآخر بالمادتين ٢٠٤ و ٦٨٠ مدني مختلط العادات المصرية . ومما يؤيد ذلك ما فعله الشارع الاهلي فان موريونديو ^(٤) الايطالي واضح القوانين الاهلية وضع المادتين الاهليتين ١٤٣ و ٥٥٦ نقلا عن القانون المختلط حرفاً بحرف . (والمادتان ١٤٣ و ٥٥٦ أهلي بمعنى واحد فكان يكفي النص على واحدة دون الاخرى . وكذلك المادتان ٢٠٤ و ٦٨٠ مختلط)

٤٤ - ويرى مما تقدم أن العادات هي من المصادر التشريعية أي هي بمثابة قانون . ولكن رغم ذلك قلنا لا ترتفع الى مرتبة القانون لتكون معه في مستوى واحد من حيث الامتيازات الخاصة بالقانون . وذلك

(١) action révoqueoire أو action paulienne (٢) كتابان ص ٢٧ - ٢٩ والمجلد ١ من ص ٢٧ - بلانيول ص ٤ - ٧ ١١ - ١٥ (٣) Maunoury (٤) Moynardo

(١) أن الامر في معرفة العادة مفوض الى الحاكم فعلى الذى يقول بها . ولكن لا نقول بها الا اذا رقت اليها دعوى معينة ابلت فيها من طريق الرجوع الى العادات . ولا تثبت العادة الا اذا أقرها القضاء بطريقة مضطرة معينة ولذا فعلى لا يختلف عن المذاهب القانونية القضائية الا فى بعض الامور الدقيقة جداً . وليس القضاء ملزماً باتباعها فى كل دعوى ما دام التقرير فيها موضوعياً لا قانونياً

(٢) وبما ان تقرير العادات يرجع الى سلطة القضاء المطلقة باعتبارها فى عداد الوثائق (١) فحكم القضاء فيها يفلت من رقابة محكمة النقض والابرار بمصر فيما يتعلق بالمسائل الجنائية عند النظر فى الحقوق المدنية ولكن هل يجوز رفع الخلاف فى تقرير العادة الى الدوائر المجتمعة طبقاً للقانون المخطط الصادر سنة ٩٠٦ والقانون الاهلى الصادر سنة ٩٢١ ؟ لا نظن ذلك طالما ان تقرير الخلاف تقرير موضوعي لا قانوني لان نظام الدوائر المجتمعة لم يخرج فى حقيقته عن كونه مظهرأ مصنفأ لتنقض المدنى (٢)

(٣) يعمل القضاء على عدم التوسع فى الأخذ بالعادات لما يشوبها من الابهام وعدم التمين والتحديد . لانه اذا تأيدت العادة بالنقض المتكرر قائمها فى الغالب يخرج فى قلب قانون ليكون لها حكمه وتخرج من دور الغموض الموضوعى الى حور التشريع الصريح كما فعل الشارع الفرنسى سنة ١٨٦٦ بشأن العادات التجارية الخاصة بالبيع التجارية

(٢) فى المصادر غير التشريعية للقانون

٤٤ - المصادر غير التشريعية للقانون، وهى المصادر التفسيرية، على نوعين الفقه (٣) والقضاء (٤) وترمى هذه المصادر الى تفسير القانون وبيان مراميه وروحه والاسباب التى دعت الى سنه وبيان الصور العملية له مع تبين مواضع الضعف ومواطن القوة

(١) faits (٢) ومع ذلك راجع حكم الدوائر المجتمعة المختلطة فى ٢٩ ابريل ١٩١٤ جازيت ٤ من ١٥٣ تمرة ٣٧٥ الذى مرر وجوب عدم اغفال العرف فى مصر بالنسبة للمسلمين على الخصوص لان الولد يجهز ابنته من مهرها ومن ماله الخامس او اهلها الخامس وان هذه العادة اذا انضمت اليها ظروف خاصة مثل كبر المهر وغنى العائلة او الزوجة نفسها تكون الاثبات الكافى على ملكية الزوجة لامتنة وجودها بالزول : كتاب التنفيذ للدكتور ابى هيف بك بند ٤٢٤

فيه . وهي في الغالب مرشد للشارع عند وضع قانون جديد او عند تناول القانون القديم بالتعديل او الالغاء

١ - الفقه

٤٥ - يراد بالفقه علم القانون ^(١) وهو ما يدلى به العلماء اما بالتعاليم الشفوية (كالحاضرات) او التعاليم الكتابية (كالمؤلفات على اختلاف أنواعها من كتب ورسائل ومقالات بالمجلات وتعليقات على الاحكام) فاصحاب الفقه هم المدرسون والمؤلفون .

ولقد مثل الفقه ادواأ هامة في علم ايمانون الفرنسى قبل سن قانون نابليون وبعد سنه . ولما كان لهذا القانون صلة كبرى بالقوانين المصرية ترى ضرورة التلميح الى التطورات الفقهية الفرنسية ومبلغ اثرها في التشريع والفقه المصريين . ولقد بلغت درجة الفقه الفرنسى بمصر ان رجع قضاؤه في جل أحكامه اليه والى مذاهب القضاء الفرنسى أيضا فالصلة حينئذ قائمة وواقعة

§ ١ - الفقه الفرنسى

الفقه قبل سمة قاموسه نابليون : مر هذا الفقه بدورين متعاقبين (١) الدور الاول : كانت فجرى فرنسا في تشريعها على الاخذ بالاعادات فانطلق بعض القانونيين الى تدوينها بمجلات خاصة أصبحت لها صفة شبيهة بلرسية وأخذوا في تنسيدها دون الخروج عن منطوقها (٢) الدور الثانى : قام فريق من رجال القانون ليس فقط بتفسير هذه الاعادات بل بالعمل على انتزاع مبادئ قانونية منها وتكوين علم القانون العام للاعادات ^(٣) من طريق التوسيع في التفسير والاستماعة بالاحكام وعدم الجود على نصوص صامته . ولقد اشتهر من بينهم « دوهولين » ^(٤) و « دوما » ^(٥) بما مهدا به الطريق الى واضعى قانون نابليون

٤٧ - افقه بعد سمة قانونه نابليون : مر الفقه هذه المرة بثلاثة ادوار
 الدور الاول : مذهب مفسري افانوره^(١) : قام هؤلاء المفسرون بتفسير
 قانون نابليون فلم يخرجوا عما جاء به ولذلك عملوا في تفسيره على الرجوع الى الاعمال
 التحضيرية له^(٢) حتى يتبينوا روحه استجلاءً للمسائل التي لم ينص عليها ، ولم يخرجوا
 عما جاء به باعتبار انه القانون المعمول به . فكانوا يعملون على البحث وراء غرض
 الشارع بحثاً نفسانياً^(٣) مستعينين في ذلك بالطريقة المنطقية المعروفة بطريقة
 الاستنتاج^(٤) فكانوا يجرون في ذلك على طريقة الجماعة المعروفة في القرون الوسطى
 بجماعة علماء التوحيد^(٥) في استنباط المجهول من المعلوم بواسطة الادلة الخاصة
 وذلك من طريق الدليل العكسي^(٦) والاستنتاج بالاولوية^(٧) أى ان عملهم كان
 مقصوداً على عمل تحليل المواد وشرحها

ولقد أخذ الناقدون على هذه الطائفة المسائل الآتية :

(١) ان مذهب هؤلاء المفسرين لم يكن مذهباً علمياً لانه جهل أو تجاهل القاعدة
 الطبية المقررة في أن القانون معاً بلغ من درجة الدقة فانه لم يخرج عن كونه مرحلة من
 مراحل التطور في الرقي في تاريخ الجماعة وانه خلاصة ظروف تاريخية . فهو حينئذ
 قابل للتغيير والتعديل . نعم ولو أنهم كانوا يرجعون في تقرير آرائهم الى القانون القديم
 والقانون الروماني انما كانوا يعملون ذلك لا من طريق الايضاح والاستجلاء انما من
 طريق الاستمانة بالدليل^(٨) تقريراً لرأيهم وتأكيذاً لفرض الشارع ، ذلك الفرض
 الذي كانوا يسعون جهد الطاقة في التعرف عليه
 ولكن يرد على هذا النقد أن هذا المذهب كان لازماً بحكم الزمن وقرب ظهور
 قانون نابليون وكان من اللازم على أصحابه أن يعملوا على تفسير نصوصه واستجلاء
 غوامضه من طريق التعرف على غرض واضعه . وما كانوا يستطيعوا وهم في هذا
 الدور أن يخرجوا عن هذه الدائرة الطبيعية

travaux préparatoires (٢) École des interprètes du Code Civil (١)
 les scolastiques (٥) logique déductive (٤) interprétation subjective (٣)
 argument (٨) a fortiori (٧) a contrario (٦)

على انهم لم يقفوا في التفسير الى الحد الذي أؤخذ فيه عليهم بل توسعوا فيه ورتبوه ترتيباً علمياً عظيماً. وهالك كتاب « ابرى ورو » ^(١) الذي نهج فيه واضعاه منهج زكريا ^(٢) واستمنا في وضعه بالتاريخ وأحكام المحاكم. وهو يدل على مبلغ الجهد العظيم الذي عاياه هذان المؤلفان من الوجهة العلمية

(٢) عابوا على هذا المذهب أيضاً انه لم يكن مذهباً مشبعاً بروح النقد ^(٣) لانه لم يرجع في تقرير مبادئه الى الآراء المقررة في البلاد الأخرى وكأنهم بذلك قد اعتصبوا لقائهم الاهلي دون أن يروا حاجة الى الآراء الاجنبية وبذلك لم يعملوا على ارشاد الشارع وایضاح سبيل العمل أمامه

ويرد على هذا أن الشارع الفرنسي لم يظل بمنزلة عن آرائهم وتقدم . بل عمل بمشورتهم في تقرير حق الميراث للزوج بعد وفاة زوجته (المادة ٧٦٧ مدني فرنسي وقانون ٩ مارس سنة ١٨٩١)

(٣) وعابوا عليه أخيراً أن هذا المذهب لم يكن مذهباً علمياً ^(٤) لانه لم يبعأ بالتغييرات الاقتصادية والاجتماعية التي ظهرت بعد سن قانون نابليون وبما قضى به شئون العدالة وبما اعترى العادات من التغيير . بل قصر دأهمهم على العمل في تكوين مبادئ قانونية لخصها نصوص القانون وسددها غرض الشارع وهم اذا كانوا يستعينون أحياناً ببعض الأحكام التوضائية فليس ذلك الا من طريق تأييد آرائهم ، لا من طريق التعرف على المحبول في القانون ، واستجلاء الواقع ، واستقراء الأحكام المثلة للحياة العملية . ومن رجال هذا الدور « ابرى ورو » و « دمولومب » ^(٥) و « دمانت » ^(٦) و « لوران » ^(٧)

٤٨ - الدور الثاني : شعر رجال الفقه المصريون بمحطورة هذا المذهب لان التطورات الاجتماعية والاقتصادية قد بلغت حداً أصبح فيه قانون نابليون لا يشفي

الظليل فيما جد وحدث . ولتلك انطلق علم الفقه من هذه القيود الحديدية التي رصف فيها بالبور الأول وأخذ يتحرر على أيدي المصريين الذين فتحوا أمام الباحثين باب البحث والتنقيب على مصراعيه من غير قيد ولا شرط . وما عم أن ظهر هذا المذهب حتى أخذ به أنصار ومريدون عديدون وخدموا القانون في الوقت الحاضر خدمات جليلة .

أما مبادئ هذا المذهب فهي ما يأتي :

١ — ان النص القانوني لم يكن نصاً غير قابل للتعديل والتحويل ولم تكن آثاره حتمية . بل نص القانون هو كالجماعة من حيث التطور والتغير

٢ — عند غموض النص أو عند عدم النص يجب أن لا يقصر البحث حول معرفة نية الشارع وغرضه بل يجب أن يكون الرأي منصرفاً الى تخير أقرب الآراء الى العدالة^(١) وإلى ما يتفق مع الحاجات الاجتماعية الحديثة

٣ — ان القانون بمجرد صدوره يجب أن يتفصل عن الشارع وعن أراض الشارع ويجب أن يحيا حياة جديدة في عالم جديد يتأثر بتأثرات الحياة الحديثة ويتطور في حياته العملية التطبيقية مع ظروف الحياة أى الحياة الجديدة^(٢) . وهذا يساعد رجال الفقه على أن تكون إبحاثهم منصرفة الى جعل القانون أداة عامة لسياسة الحياة الاجتماعية على اختلاف أشكالها وتباين صورها مع مرور الأزمان^(٣)

٤ — انه يستحيل على الشارع ان يلم بكل ما يُكِنُّه المستقبل . لذا يكون تشريعه من الطريق التريبي على نسبة ما تحتمله الحياة المقبلة من الشئون والظروف المجهولة وقت وضع القانون

فاذا عمل رجال الفقه على جعل القانون الحاضر أداة عامة لسياسة الشئون الاجتماعية المختلفة باختلاف الأزمان فهم لا يذهبون في ذلك على خلاف غرض الشارع بل يتفقون معه كل الاتفاق ويعملون بالعكس على تحقيق غرضه والاخذ بما يرمى اليه ما دام انه يشرع للمستقبل المحتمل . واذا نعت الفقه بأنه منشىء

للقانون (١) فانه مأثور من الشارع نفسه بهذا الانشاء ، والاصح انه مفسر ولديه تفويض بالتفسير

٤٩ - **الرور الثالث :** وهو دور علم القانون للمقارن : هذا الدور هو وليد الدور السابق لأن من شأن الانطلاق في باحات التفسير وكسر اغلال القيود الاولى أن ينلو انصار المذهب الثاني في أن لا يقفوا بعملية التحرير في دائرة الحيز الذي يمشون فيه بل يتعدون وسطهم ويخرجون الى فضاء الخارج ليتبينوا ما اكدته شرائع الاقوام الاخرى وما استكن فيها من الآراء الفقهية والمذاهب التشريعية ، توطئة لتهديب شرائعهم من طريق معالجة الآراء الفقهية وتهديب المذاهب القضائية حتى اذا ما أصر الفقه على مذهب قام الشارع وقتئذ فأيد ما أثبتته العمل واستقر في مجاله (٢)

ولقد انقسموا في تقرير هذا المذهب أيضاً الى شيعتين :

السبعة الاولى وعلى رأسها « لامبير » (٣) وتقول بان الغرض من درس الشرائع المقارنة وضع مبادئ تشريعية عامة بحيث يجوز الاخذ بها عند الامم المتجانسة في اليناث الاجتماعية والمتحدة في المصادر التشريعية وهذا يدعو بطبيعة الحال الى درس طائفة من جمهور الشرائع الاجنبية في منابها درساً ينتج في النهاية مبدأ يصح أن ينشئ على الشعوب المتحدة في المصدر . وسى مذهب هذا (٤)

والسبعة الثانية وعلى رأسها « سالى » (٥) اذ ترى أن الغرض من درس علم مقارنة الشرائع هو التعرف على المبدأ في البلاد الأجنبية ترفاً وقتياً يمكن رجال الفقه والقضاء من حل الاشكال حلاً موضعياً مؤقتاً .

ومن هنا يلاحظ أنه بينما يرى « لامبير » أن القانون الاهلى لبلاد يعتبر في ذاته أداة لرقى علم القانون المقارن ، أى أن القانون الاهلى يندمج في علم القانون المقارن وأن هذا الأخير يستخدم القانون الاهلى استخداماً جزئياً في سبيل وضع أحكامه

(١) Créateur (٢) كابانص ٢٩-٣٤ - بلانولص ٤٦ - ٥٠ ن ١٢٧ - ١٣٤ (٣) Lambert

(٤) Droit commun législatif أو la science du droit comparé (٥) Saleilles

تؤتير قواعده، اذ يرى « سالى » أن الشرائع المتقاربة يجب أن تستخدم أداة لرق القانون الأهلى ووسيلة محلية فى معالجة إشكال موضى من القانون الأهلى .

وبعد أن وضعت الحرب العالمية أوزارها اهتم رجال القانون فى أوروبا بدرس الشرائع الانكليزية والاميركية وأنشئت معاهد علمية لهذا الغرض بكلية الحقوق فى بلريس، وزعيمها « ليفى أولمان »^(١) وفى ليون وزعيمها « لامير » وقد نشر هذا المعهد الاخير نشرات دقيقة عديدة دلت على مبلغ نشاطه فى سبيل تحقيق ما قال به زعيمه .

وللدور الثانى والثالث أنصار معروفون ومؤلفات ومجلات مشهورة فمن المؤلفين غير من ذكر نهم بوفنوار^(٢) واسمن^(٣) ودموج^(٤) وكابنان وليفى^(٥) وجوسران^(٦) وبلانيول^(٧) وبودرى^(٨) وزملاؤه الذين شاركوه فى وضع مجموعته المطولة مثل بارد^(٩) وقال^(١٠) وكولين^(١١) وبودان^(١٢) وأما مجلاتهم فكثيرة^(١٣)

هذا ومن يوم ظهور قانون نابليون للآن ظهرت جملة موسوعات^(١٤) مختلفة وتعليقات على القوانين^(١٥)

٢ — الفقه المصرى

٥٠ — الفقه المصرى على ثلاثة أنواع : الفقه المختلط، والفقه الأهلى، والفقه الشرعى

الفقه المختلط : كانت ولا تزال حركة هذا الفقه ضعيفة ويظهر ان السبب فى ذلك هو عدم الشعور بالحاجة نحو المؤلفات المصرية بجانب المؤلفات الفرنسية وعلى الأخص لأن اللغة الغالبة فى القضاء المختلط هى اللغة الفرنسية

E. Levy (٥) Demogue (٤) Esmein (٣) Bufnoir (٢) Levy-Ulman (١)
Colin (١١) Wahl (١٠) Barde (٩) Baudry (٨) Planiol (٧) Josserand (٦)
Revue critique de législation et de jurisprudence (١٢) Beudant (١٢)
Revue trimestrielle de droit civil — Revue générale du droit — Bulletin de la
société d'études législatives — Bulletin de la société de législation comparée
(١٤) مثل موسوعات دالوز وتكملة دالوز وموسوعات كرابنتيه Carpentier
وموسوعات الباندكت Pandectes وسيرى الدورى Sirey périodique ودالوز الدورى ودالوز
الببلى Dalloz, pratique ولم يتم به وهو فى دور التكوين (١٥) Codes annotés
مثل تعليقات دالوز وتعليقات سيرى

على انه ظهرت مجلات لنشر الأحكام وللتطبيق عليها وظهرت تطبيقات للقوانين : (١)

٥١ — الفقه الاهلي : ١ — المجلدات : بعد انشاء المحاكم الاهلية أخذت المجلات القانونية تظهر ناشرة للأحكام ومعلقة عليها وناشرة لبعض الابحاث القانونية، منها الحقوق سنة ١٨٨٦ ، والأحكام سنة ١٨٨٨ ، والمحاكم سنة ١٨٩٠ ، والشرائع ١٨٩٣ لطلبة مدرسة الحقوق ، والقضاء سنة ١٨٩٤ ، والمجموعة الرسمية للمحاكم الاهلية سنة ١٨٩٩ ، والاستقلال سنة ١٩٠٢ ، وميزان الاعتدال سنة ١٩٠٣ ومصر العصرية (٢) سنة ١٩١٠ ، والشرائع سنة ١٩١٣ ، والمحاماة سنة ١٩٢٠ والقليل النادر جداً منها ما يخدم الفقه خدمة صحيحة

٢ — الكتب والرسائل : لم يكن نصيب الفقه من الكتب والرسائل عظيمًا ولعل السبب في ذلك تعليم القانون باللغة الاجنبية : أما وقد أصبح التعليم باللغة العربية فالامل عظيم في ظهور كتب عدة في القانون

على أن القانونيين لم يألوا جهداً برغم ذلك من وضع كتب عربية كثيرة. وقد سمرت الحركة الفقهية هذه باربعة ادوار : الدور الاول من سنة ١٨٨٥ - ١٨٩٢ . وكان التأليف فيه ضعيفاً لقرب عهد انشاء المحاكم الاهلية . والدور الثاني من سنة ١٨٩٢ - ١٩٠٣ ونسبته بدور الخصب العلمي وغزارة التأليف اذ نشطت فيه الحركة الفقهية أكثر من قبل ، ووضع كتاب المحاماة لفتحى زغلول باشا -

والدور الثالث من سنة ١٩٠٣ - ١٩١٤ واخذ فيه الفقه نهضة عظيمة ووضعت فيه كتب للفقه . وظهرت فيه مؤلفات « جرائمولان » (٣) و « دى هلس » (٤) وشرح المدنى لفتحى زغلول باشا ، والمرافعات للدكتور أبوهيف بك ، وغير ذلك من

(١) Bulletin de légis- — Recueil officiel des arrêts de la Cour d'appel mixte وهي
Trois Tables décennales de ce Bulletin et de Jurisprudence égyptiennes
Borelli Bey, codes annotés — Gazette des tribunaux Mixtes d'Egypte — Istin
L'Egypte Con- (٢) Lantz, répertoire — Pupikofor, code de commerce annoté
De Hults (٤) Grandmoulin (٣) temporaire

الكتب الرسمية في الشريعة والمقويات .

والدور الرابع من سنة ١٩١٤ للآن . وقد تفوق فيه الفقه على ما تقدمه من الادوار الاخرى بكتب قيمة باللغة العربية والفرنسية والامل عظيم جداً في ان تنشط حركة التأليف بعد هذه الخطوة في سبيل التعليم باللغة العربية .

٥٢ - 'الفقه الشرعى' : كتب الفقه عديدة في الشريعة الاسلامية وهى لا تزال مجهولة عند أهل التبضة الحاضرة . واحسن علاج لتقريبها اليها جمعها وابعازها بنفس الطريقة التى استخدمها « جوستينيان » ^(١) امبراطور الرومان فى وضع الموسوعات الرومانية ^(٢) اذ قضت لجنة مكونة من ستة عشر عالماً ثلاث سنوات فى تلخيص اكثر من النى مجلد تربو صحفها على ثلاثة ملايين سطر مذبوبة الى تسمة وثلاثين عالماً فلوجزوها فى مائة وخمسين الف سطر ظهرت فى سبع مجلدات فاصبح من السهل الوقوف على هذه الحركة القتية القانونية عند الرومان فى زمن وجيز وقد كان فى الاخذ بالمذاهب الاربعة فى الشريعة الاسلامية اثر من الاضطراب لدى الناس فى مصائرهم الشخصية والمالية ، ولذا اقتصر على مذهب أبى حنيفة دون المذاهب الاخرى ، وتقرر فى سنة ١٨٨٠ الاخذ بالارجح من الاقوال فيه ، ولا زال الشارع يعالج هذه الامور بما يتفق مع الشرع والظروف الحاضرة ، وآخر المهد به قانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٠ الخالص بالفتقه والعدة والطلاق فيهما والمقود والتفريق بالميب والقانون نمرة ٥٦ لسنة ١٩٢٣ الخالص بسن الزواج ^(٣)

٢ - القضاء

٥٩ - القضاء هو المصدر الثانى من المصادر التفسيرية بعد الفتقه . وهو يشبه العادمة من بعض وجوه الشبه بين الاثنين وسموه بقانون المادة ^(٤) ويراد بالقضاء ^(٥) المذاهب القانونية التى تقررهما المحاكم فى أحكامها تفسيراً للقانون ووفقاً لابهامه وغموضه وسداً للفتقص الموجود فيه حتى يلتزم القانون فى مرونته مع الحاجات الجديدة التى تحصل عقب التطورات الاجتماعية . ولا يستقر المذهب القانونى التضايى على حل

(١) Justinien (٢) Digeste او Pandectes (٣) راجع فيه كتاب القانون الدولى الخامس الدكتور ابو حيف بك بند ٣٦٢ ص ٤٣٦ (٤) droit coutumier (٥) jurisprudence

واحدة إلا بعد تردد بين الاحكام وتمحيص ودرس متعاقبين . ومع استقراره فهو غير ملائم للحاكم بل لها ان تعدل عنه أو لا تأخذ به . وهذا على خلاف ما هو معروف عن القضاء الانكليزي^(١) . ولكن جرت العادة في أغلب الاحيان على انه اذا استقر المذهب القضائي في مسألة من المسائل القانونية فلا تجرى المحاكم على ما يخالفه لامن طريق الالتزام بل من طريق الرجوع اليه اختيارياً . أى ان المذهب يوحى^(٢) ولا يربط^(٣) كما يحصل ذلك في شأن قضاء النقض والابرام الجنائي وقضاء الدوائر المجتمعة مختلطة وأهلية

وقد عمل القضاء أحياناً على مبدأ جديد لم يقل به القانون نفسه كما فعل القضاء الفرنسي في شأن عدم قابلية « الدوط في المتقولات » لتصرف فيها^(٤) اذ قرره مع انه لم يرد عنه نص في القانون الفرنسي الا فيما يتعلق بالعقارات فقط . بل فعل القضاء الفرنسي أكثر من ذلك في موضوع التعاقد للغير اذ قرر قانون نابليون للمادة ١١١٩ « انه لا يجوز للانسان بوجه عام ان يلتزم بشيء^(٥) أو يتعاقد بنفسه عن شيء^(٦) الا اذا كان عن نفسه خاصة^(٧) » . وقرر ما يؤيد ذلك بالمادة ١١٢١ وكلاهما يقضى بانه لا يجوز التعاقد عن الغير^(٨) ، هذه القاعدة قاعدة عدم جواز التعاقد عن الغير - ^(٩) قاعدة عامة قد أقرها الشارع الفرنسي وهي القاعدة الشهيرة الخاصة بالتأمين على الحياة^(١٠) . ولو كان واضعوا قانون نابليون يعلمون انها تتعلق بالتأمين على الحياة لقرروا فوق ما تقدم الحظر على التأمين على الحياة . هذه حالة القانون في هذا الموضوع

٥٤ - أما القضاء الفرنسي فانه قد عمل في ابحاثه القانونية على عكس ما قرره المادة ١١١٩ وعمل على هدمها رأساً على عقب وشيد فوق انقاضها نظرية أخرى بأركان وقواعد عامة انتهت في مجموعها « بحرية التعاقد للغير » على تنييض ما قرره قانون نابليون وهو « حظر حرية التعاقد » ولما جاء الشارع المصري سنة ١٨٧٥ وسنة ١٨٨٣ قرر بالمواد ١٣٧ / ١٩٨ مدني / ١٤١ / ٢٠٢ مدني ما يؤيد نظرية

(١) Case law أى Droit jurisprudentiel anglais (٢) inspire (٣) sol-même (٤) Stipuler (٥) s'engager (٦) inaliénabilité de la dot mobilière (٧) théorie de la stipulation pour autrui (٨) stipuler pour autrui (٩) assurances sur la vie

قانون نابوليون في حظر التماقد عن الغير . ولكن عمل القضاء ان الاهل والمختلط (وعلى الاخص القضاء المختلط نظراً لشيوع نظرية « المصلحة المختلطة » فيه) على قبيض هذا الخطر . وهذا حذو القضاء الفرنسي في تقرير صحة الاخذ بالتأمين على الحياة ٥٥ - هذا وقد اختلف رجال الفقه في شأن ما يؤديه القضاء من خدمة العلوم

القانونية خدمة مستمرة في تقرير المذاهب القانونية وبطريقة سهلة غير معقدة وهذا على خلاف ما قرره المجالس التشريعية ببطء وتقييد وانصرافها الى ما يهيم الانتخابات العامة . وقال المعارضون للمحبذين إن المجالس التشريعية نشطت الآن من عقابها وانطلقت في سبيل التشريع بسهولة وبغير بطء وأخذت في طريق الاقلاع عن المبادئ العتيقة ، والأخذ بلجديد المناسب للتطور الاجتماعي ، والدليل عليه كثرة القوانين المسنونة الآن ، وفوق ذلك فإن القضاء لا يستطيع تقرير المذاهب القانونية من طريق الاستمرار والبقاء على النوام . بل مهمته مقصورة على فحص النصوص الموجودة ،^(١) والتحليل على تفسيرها والعمل على مخالفتها أحياناً ، وعلى ذلك يكون الرق القانوني من طريق القضاء رقيباً معطلاً بطيئاً يشوبه التردد في تقرير مذاهبه في كل آن . والقضاء على هذه الحال لا يصح أن يكون أداة كاملة لفنان الرق الصحيح الخالي عن الشوائب مما عاجله رجال القانون وهم جماعة الملقين على الاحكام^(٢) مما يكتبونه من آيات النقد الدقيق وما يظهرونه له من مواطن النقص والتناقض

وهذا الخلاف بين المحبذين والمعارضين هو نتيجة الخلاف بين أئمة القانون فيما يتعلق باعادة النظر في قانون نابليون وتهذيبه وتنقيحه أو اعادة وضعه من جديد أو ترك أمر معالجته الى القضاء بما يقرره هذا الأخير من المذاهب القانونية^(٣) وقد بينا ذلك في مكانه

وللقضاء الفرنسي مجالات تنشر أحكامه ويناولها المعلقون بالنقد وفيها أبحاث دقيقة تمهد السبيل لوضع المؤلفات ولفت نظر القضاء الى تصحيح أو تقوية مبادئه ولفت نظر الشارع الى سن القوانين اذا سمحت الحاجة .

(١) textes positifs (٢) les arrêtistes أو les annotateurs (٣) كباثن من ٣٤-٤١ .

٥٦ - نظام القضاء : لنظام القضاء صلة في تقرير مذاهبه . والاصول النظامية المعروفة الآن هي .

لقضاء بمصر درجتان ابتدائية واستئنافية ^(١) ومحكمة نوعان : محكمة عادية ^(٢) ومحكمة استئنافية . وبجانب المحاكم ، النيابة العمومية ^(٣) ، التي تمثل المصلحة العامة ولها رأى في القضاء المدني المختلط دون الاهلي . وعلى القاضي أن يحكم ^(٤) وإذا امتنع عن الحكم أو خذ جنائياً أو خوصم مدنياً (المواد ٦٥٤ - ٦٦٧ / ٧٤٦ - ٧٥٩ مرافعات) ^(٥) ولا يجوز لقاضي أن يقرر حكمه بطريقة تشريعية (المادة ٥ فرنسي) تفادياً من عدم المساس بنظرية فصل السلطات ^(٦) وتحذيراً من الوقوع فيما كان عليه الماضي

وليس بمصر قضاء للنقض المدني . والنقض من محكمة النقض هو التفسير القانوني القضائي المحض ^(٧) لا التفسير التشريعي ^(٨) ولا التفسير الاداري ^(٩) اللذان كانا معروفين بفرنسا قبل سنة ١٨٣٧ .

وقد عمل الشارع المصري الآن على تمهيد انشاء النقض بمصر وذلك بان أنشأ في سنة ٩٠٦ الدوائر المجتمعة بمحكمة الاستئناف المختلطة ، وفي سنة ١٩٢١ بمحكمة الاستئناف الاهلية . وان كان رأيا غير الزامي فهو على كل حال لا يخرج عن رأى محكمة النقض لان رأيا غير الزامي أيضاً ، ولان من الاصول القانونية أن القضاء لا يشرع ، على عكس ما كانت تطلبه الحكومة المصرية في سنة ١٩٠٥ الى الدوائر الاجنبية في جعل آراء الدوائر المجتمعة الزامية بالنسبة للمحاكم الاخرى وهو لم يقبل طبعاً . ولكن صيغة الالزام ان رفعت من هذه الآراء فاتها لا تعدم سلطانها الادبي والعلمي على المحاكم الاخرى (ن ٢٨ و ٢٩ و ٣٩)

(١) double degré de juridiction (٢) Ministère public (٣) de droit commun (٤) Parquet أو obligation de juger (٥) prise à partie راجع في هذه المسائل كتب البراضات للدكتور ابو هيف بك بند ٩٢ وما بعده و ١٩٢ و ٣٣٥ وما بعده وكتاب طرق التنفيذ والتعطف بند ١٣٤٩ وما بعده (٦) Séparation des pouvoirs (٧) interprétation judiciaire (٨) interprétation législative (٩) interprétation administrative

في الالتزامات

في الالتزامات

رجعنا في تسمينا النظرية العامة للالتزامات الى مصادرها وهي مصدران، مصدر تعاقدى وهو انخاص بالمقود . ومصدر غير تعاقدى وهو اثنان : نظرية الاثراء بلا سبب ، ونظرية المسؤولية . ونرى البدء أولا بالمقود ، ثم نتبعها المصدرين الآخرين .

المصادر التعبدية
للتزامات

العقود

تمهيد عام

لنظرية العقود

الالتزام من حيث هو

٥٧ - الالتزامات ^(١) أو حقوق الدائنية ^(٢) أو كما يسميها البعض الحقوق الشخصية ^(٣) هي ثاني الحقوق المالية ^(٤) بعد الحقوق العينية ^(٥) والالتزام هو ضرورة قانونية ^(٦) يترتب عليها أن شخصاً يلتزم أمام شخص آخر بعمل شيء ^(٧) إيجابى أو سلبى أى عمل مادى ^(٨) أو الامتناع عن عمل ^(٩) أو هو كما قررت المادة ٩٠/١٤٤ مدنى : « التمهيد هو ارتباط قانونى ^(١٠) الفرض منه حصول منفعة لشخص بالزام التمهيد بعمل شيء معين أو بامتناعه عنه » (راجع المادة ١١٠١ مدنى فرنسى)

ومادة الالتزامات واسعة الأطراف تمتشى على جميع الأعمال القانونية الخاصة بالافراد . وأكبر مظهر لها العقود ^(١١) وهى الاداة التى يرجع اليها فى اكتساب الحقوق العينية (المادة ٩١/١٤٥ مدنى و ١١٣٨ فرنسى)
(١) وقال عنها تارد ^(١٢) « بأن لنظرية الالتزامات فى مجال القضاء نفس الدور الذى تمثله نظرية القبية والقدر ^(١٣) فى مجال علم الاقتصاد السياسى » أى ان كلا منها يعتبر مركزاً عاماً تتلاقى فيه أهميات الأصول الرئيسية العامة »

وقد غلبا بعض المفسرين وأرادوا إلحاق الحقوق العينية بالالتزامات وإدماجها فيها ^(١٤) وقالوا فى ذلك بأن الحق العينى لم يخرج عن كونه التزاماً يقوم به جميع الافراد نحو صاحبه فى ترك هذا الأخير يتمتع وينتفع بحقه . ولكن هذا غير صحيح ، لأن هناك فروقاً هامة بين الحق العينى ^(١٥) وحق الدائنية ^(١٦) ، ذلك لأن حقوق الدائنية حقوق

(١) obligations (٢) droits de créance (٣) droits personnels (٤) droits (٥) patrimoniaux (٦) nécessité juridique (٧) prestation (٨) fait (٩) abstention (١٠) lien de droit (١١) contrats (١٢) انظر كتاب تارد فى تطور الحق ص ١٢٥ (١٣) Tarde, Transformation du droit (١٤) droit de créance (١٥) droit réel (١٦) droit de créance

خسبية^(١) تربط شخصين معينين ويرى أحدهما أن حرية تصفية قبل الآخر وأن لهذا الآخر سلطاناً عليه، والحق العيني غير ذلك فإنه حق مطلق^(٢)، وهو حق لا ينحصر في ربط شخصين معينين، بل هو امتياز لدى صاحبه، كحق الملكية، ينصب على شيء معين يستقله وينتفع به بقدر ما أعد له هذا الشيء. والحق العيني خالد دائم^(٣) وهو يدوم يدوم الشيء الذي ينصب عليه الحق، وينتقل من شخص إلى آخر دون أن يزول من علم الوجود. وأما حق الدائنية فهو بأصله وطبيعته حق مؤقت^(٤) بين شخصين وهو قابل للزوال بسبب من الأسباب القانونية كالوفاء^(٥) وفوق ما تقدم فإن الالتزام إذا انصرف إلى غير المعنى المحدد له من قبل فإن ذلك يفسد عليه معناه القانوني الصحيح لأن الالتزام في ذاته مظهر غير عادي^(٦) بين الأفراد باعتبار أن الأصل فيهم استقلال بعضهم قبل البعض الآخر فالالتزام وارد عليهم أي هو حالة استثنائية للحالة العامة لهم، أي هو استثناء للقانون العام^(٧) وأما الحق العيني وهو احترام الأفراد لصاحبه وعدم العمل على ما يعطل لديه من مزية الانتفاع بحقه، فهو هذا المظهر العادي للحق العام، وهو الأساس الذي تستند إليه حياة الأفراد. وهذا والالتزامات على نوعين: نوع عام ونوع خاص. ونريد بالعام منها المبادئ القانونية العامة التي لا تتغير مطلقاً من عهد الرومان للآن. وهذه المبادئ لا تسرى فقط على الأحوال التي نص عليها القانون بل تسرى أيضاً على كل ما يتولد عن الحياة الاجتماعية وما تتطور فيه من الأدوار المختلفة من مختلف العقود والمعاملات.

وأما النوع الخاص فإنه يتعلق بالأحاطة بالمبادئ الخاصة ببعض الأعمال القانونية وهي تلك الأعمال التي يكون من شأنها ربط الأفراد بروابط قانونية خاصة (ن ٥٨). وهذا القسم في حالة تطور مستمر. والسبب في عدم استقراره على حال واحدة هو أنه نظراً للتغيرات الاقتصادية والسياسية يطل العمل ببعض العقود، مثل عقود تريب الماش طول الحياة، وعلى العكس من ذلك يكثر العمل بعقود أخرى نظراً لأهميتها في عالم الحياة العملية، مثل عقد الشغل^(٨) وعقد الاشتراك^(٩) وعقد النقل^(١٠) وقد تظهر

(١) droits relatifs (٢) droit absolu (٣) perpétuel (٤) temporaire (٥) paiement
(٦) anormal (٧) droit commun (٨) contrat de travail (٩) contrat (١٠) contrat de transport d'association

عقود أخرى جديدة لم تكن معروفة من قبل مثل عقود التأمين على الحياة ^(١) وضد الحريق ^(٢) وضد الحوادث ^(٣) وتخضع هذه العقود الجديدة الى الاصول العامة للالتزامات

أما هذه المبادئ العامة فإنها آلت لنا من القانون الرومانى باعتبار هذا القانون أصلاً ما تفرعت عنه . نعم ولو أن الشعوب فى المصور الوسطى قد خالفت هذه المبادئ الى زمن ما ، واتبعت منهجاً آخر فى القانون، إلا أن ذلك لم يلبث طويلاً حتى عاد القانون الرومانى الى أصوله الأولى فى الغرب وظهرت نظرية الالتزامات بصورتها الأولى القديمة

على أنه يجب أن يلاحظ أن التطور فى الحياة العملية قد نجم عنه تطور فى القانون وذلك فيما يتعلق بقوة الارادة ونفاذها فى القانون . اذ من المقرر الآن ان العقود تتكون بين الأفراد بمجرد الاتفاق عليها، أى بمجرد اتحاد الارادتين بالإيجاب والقبول . (المادة ١١٣٤ فرنسى .) وهى روح التعاقد فى الوقت الحاضر ومن يديها ، وأصبح العقد شريعة المتعاقدين (ولم ينص القانون المصرى على هذه القاعدة ولكنها مفهومة بطبيعتها وبالأصول القانونية الأخرى المقررة به)

وكان الرومان على خلاف ذلك، اذ لا يكون للعقد عندهم قوة قانونية الا اذا كان مصحوباً بدعوى . وفى قانون جوستينيان كانت العقود المبنية والعقود الشكلية أى انخاضة للأوضاع الشكلية ^(٤) هى المصحوبة بدعوى . وألحق بها بعض عقود الرضا ^(٥) التى أقرها من زمن القانون المدنى الرومانى البحث ^(٦) وبعض الاتفاقات المجردة ^(٧) التى أقرها البريتور ^(٨) أو التى أقرتها بعض الأوامر الامبراطورية ^(٩) . ولا يكون العقد نافذاً بالقضاء عندهم الا اذا كان مفرغاً فى قالب التعاقد بأوضاع خاصة ^(١٠) أو كان قد نفذه أحد المتعاقدين .

أما الآن فقد أصبح التعاقد حراً من كل قيد الا فى الأحوال القليلة التى وردت على سبيل الاستثناء مثل الهبة وعقد الرهن التأمينى والحلول بالاتفاق فى المختلط ^(١١)

(١) assurances sur la vie (٢) contre l'incendie (٣) contre les accidents (٤) contrats formalistes (٥) contrats consensuels (٦) contrats (٧) droit civil (٨) préteur (٩) constitutions impériales (١٠) stipulation (١١) subrogation conventionnelle

وأصبحت الإرادة في القانون المدني أى الرضاء محوراً تدور حوله المعاملات بين الأفراد . وللأفراد السلطان المطلق في تحديد قوة العقد وآثاره بينهم ولا يتدخل الشارع في عقودهم إلا من طريق تفسيرها لا من طريق الأمر والنهي إلا ما شذ فيها يتصل بالنظام العام والأخلاق.

في النظرية العامة للأعمال القانونية ^(١)

كلمات عامة

٥٨ - يراد بالعمل القانوني ^(٢) الإفصاح عن ارادة الافراد ^(٣) فيما يتفقون عليه وبما ينشأ عنه من الآثار والنتائج القانونية ^(٤) . فيما يتعلق بالإفصاح عن الإرادة في الاتفاق، يجب الرجوع فيه الى حرية التعاقد وإلى ما يترتب عليها من الآثار الحتمية، ومن نتائج حرية التعاقد هذه، ربط المتعاقدين برباط يجعلهم ملتزمين قبل بعضهم البعض، فيصبح اتفاقهم الصحيح من الوجهة القانونية قانونهم فيما بينهم . وهذا ما قرره المادة ١١٣٤ من القانون المدني الفرنسي، باعتباره قاعدة عامة يؤخذ بها في كل شريعة للام الحاضرة برغم عدم النص عليها في القانون المصري . وعلى ذلك يمكن اعتبار العمل القانوني مصدراً هو الآخر للحق . ويرجع في تكييف العمل القانوني وتعيين خواصه الى الأصول المقررة بالقانون . كل ذلك في منطقة القانون الخاص وحدوده ^(٥) أى القانون الاقتصادي ^(٦) والقانون المتعلق بالمال ^(٧) وقد يكون للإفصاح عن الإرادة أيضاً أثر قانوني هام فيما يتعلق بالأحوال الشخصية، أى حقوق الأسرة ^(٨) مثل الأقارب بالبنوة أو الأبوة، وهذا الإفصاح في الإرادة يخضع إلى قيود قانونية تقررهما الشريعة الاسلامية أو الشرائع الأخرى الخاصة بالطوائف المختلفة

وقد لوحظ على القانون المصري كما لوحظ أيضاً على القانون الفرنسي انه لم يفرد قسماً خاصاً منه لنظرية الأعمال القانونية كما فعل القانون الألماني، بل أتى كلاهما على شتات هذه النظرية في مواطن مختلفة من نظرية العقود ^(٩) باعتبار أن العقود هي أظهر مظاهر الأعمال القانونية وأكثرها شيوعاً

(١) راجع دموج ج ١ ص ١٠٥ - ١٧١ ن ٤٠ - ٨٨ فيما يتعلق بتعاقد الإنسان مع نفسه
 (٢) acte juridique (٣) manifestation de la volonté (٤) effets juridiques
 (٥) Droit privé (٦) droit économique (٧) droit patrimonial (٨) droits de famille
 (٩) contrats

٥٩ - في المعمل القانوني والفعل القانوني : يجب التفرقة بين المعمل القانوني المحض، والفعل المادى القانوني المحض، فالعمل القانوني المحض^(١) هو المعمل القانوني الذى تقرر بإرادة المتعاقدين^(٢) وبنية^(٣) تقرير أو تعديل أو انقضاء حقوق معينة. مثلاً العقود على اختلاف أنواعها، وهى أهمها باعتبارها مناط الحياة العلمية وقوامها ولذلك تعتبر أنها هى المجال الذى يتجلى فيه القانون الاقتصادى أو القانون الخلاس بالمال . ويتولى القانون المدنى بيان قواعدها وأصولها سواء صرح المتعاقدون بنتائج العقد بالمقدم أو تركوا ذلك للقانون فيما قرره هو بنصوصه التقريرية أو التكميلية^(٤) وفى هذه الحالة تسمى العقود بالمقود المفترضة^(٥)

٦٠ - وكلمة عقد^(٦) تنصرف اما الى الكتابة بالذات^(٧) الدالة على التعاقد القانوني^(٨) . وإما ان تنصرف كلمة عقد^(٩) الى نفس التعاقد القانوني الذى يرمى الى تقرير الحقوق أو تعديلها أو انقضاءها .

٦١ - هذا فيما يتعلق بالمعمل القانوني المحض . وأما الفعل المادى القانوني^(١٠) فهو الأمر الذى يقع دون أن تكون هناك إرادة أو نية فى وقوعه على هذا الاعتبار ويكون من شأنه أيضاً تقرير أو تعديل أو انقضاء الحق . وهو على نوعين

أولاً : الأمر القانوني الخارج عن إرادة الإنسان : وهو عبارة عن الحوادث الطبيعية أو المرضية التى تترتب عليها نتائج قانونية مثل الولادة وهى الحادثة الطبيعية التى ينشأ عنها البدء فى ظهور الشخصية للإنسان ، أى أهليته لأن يكون من حلة الحقوق . والوفاة وهى التى تنتهى معها شخصية الإنسان وينتقل فيها المال الى الورثة . والصغر^(١١) والقرابة ومضى بعض مدة من الزمن ، أى التقادم المكسب

(١) acte juridique proprement dit (٢) volonté (٣) intention (٤) dispositions écrit (٥) disp. déclaratives أو supplétives (٦) contrats supposés (٧) acte (٨) opération juridique (٩) ويسمى الرومان instrumentum ومنها العقد الكتابي acte instrumentaire ومنها اشتقت كلمة instrumenter بمعنى حرر العقد والاضل استعمال كلمة titre دلالة على التمسك الكتابي - فقرأ من هذا المخط الذى وقع فيه الشارع... كابتان ج اس ١٦ (١٠) fait juridique (١١) minorité

أو مضى المدة الموجب^(١) والتقدم المسقط أو مضى المدة السالب^(٢) والمجاورة في المقارنات^(٣)

مُأْتياً : العمل المادى الناشئ عن فعل الانسان دون أن تكون لدى صاحبه نية احداث النتائج القانونية المترتبة عليه ومع ذلك فإنه يتحمل مسؤولية هذه النتائج بما يتولد عنها من حق الدائنية^(٤) مثل الجنح^(٥) وأشباه الجنح^(٦) أى الاعمال غير المشروعة^(٧) أو الاعمال التقصيرية^(٨) نسبة الى التقصير^(٩)

٢ - حرية الإرادة في الأعمال القانونية

٦٢ - الاصل ان للمتقاعدين الحرية التامة في انشاء العمل القانونى المحض ، وفى ترتيب نتائج القانونية فى مجال القانون الاقتصادى، أو القانون اخصاص بالمال . وهذا ما يسمى بحرية التعاقد^(١٠) ويحدد هذه الحرية ما حظره القانون بنص . وعلى ذلك . تقرر القاعدة الآتية : « كل شئ لم يكن محظوراً فهو مباح^(١١) » وهذا معنى ما قرره المادة ١١٤١ فرنسى فقرة أولى حيث قالت : « الاتفاقات المقودة طبقاً للقانون تعتبر بمثابة قانون بالنسبة لمن تعاقدوا عليها » أو المقعد قانون المتعاقدين .

ولكن يحد حرية التعاقد هذه ، النظام العام والآداب وهو ما قرره المادة ٢٨ فقرة ثانية من لائحة ترتيب المحاكم الاهلية حيث قالت : « وكل اتفاق خصوصى يخالف للقوانين المتعلقة بالنظام العمومى والآداب باطل لا يعمل به . » وهذا هو نفس ما قرره المادة ٦ من القانون المدنى الفرنسى

٦٣ - الوصاف : يراد بالآداب العوائد الحسنة^(١٢) أى الاخلاق^(١٣) فاذلورد بالقود ما يخالفها أصبح باطلاً بحكم القانون، أى ان حرية التعاقد لا أثر لها فى هذه الحالة . وقد قرر القانون هذه القاعدة أيضاً فى بعض مواد (المواد ٩٤ / ١٤٨ مدنى ١١٣٣ فرنسى فيما يتعلق بالسبب فى القود والمادة ١١٧٢ فرنسى فيما يتعلق بالشرط . والمادة

cont- (٣) prescription extinctive (٢) prescription acquisitive (١)
actes illicites (٧) quasi-délits (٦) délits (٥) droit de créance (٤) gaité
tout ce (١١) liberté des conventions. (١٠) faute. (٩) actes fautifs (٨)
morale (١٣) bonnes moeurs (١٢) qui n'est pas défendu est permis

٤٠٢/٤٩٠ مدني و١٧٨٠ فرنسي بضرورة تعيين الزمن في ايجار الاشخاص)

٦٤ - النظام العام . براد بالنظام العام ^(١) كل ماله مساس بروح النظام العام التي تسير عليه الحكومة العامة للبلاد ، فلقوانين النظامية العامة ^(٢) متعلقة بالنظام العام ، كقانون العقوبات . وهناك مسائل عدة في التشريعات المدنية لها مساس بالنظام العام لانها تتعلق بالأمن العام ^(٣) والأداب العامة ^(٤) وبضرورة إحكام روابط السلم والتعامل الاقتصادي بين الأفراد . فاذا مس العقد هذه المسائل على اختلاف أنواعها بطل أثر العقد في هذا الشأن لأن هذه المسائل يجب أن لا تحس ^(٥)

ومن المسائل الخاصة بالنظام العام والتي لا يصح التعاقد على ما يخالفها ، المسائل المتعلقة بالامرة ونظامها ، كشروط الزواج وفسخه ، وحقوق وواجبات الزوجين والأقارب ووسائل إثبات النسب . اما يصح الاتفاق على المسائل المالية المحضة منها ^(٦)

٦٥ - ومن المسائل المتعلقة بالقانون الاقتصادي أو القانون الخاص بالمال النصوص الواردة بالقانون فيما يتعلق بنظام نقل الملكية العقارية والمنقولة فيما يتعلق بالأفراد والغير وطرق العلانية ^(٧)

فلا يجوز للأفراد حينئذ مخالفة النص المذكور والعمل على ما يخالف نظام اشهار

(١) Ordre public (٢) Droit public (٣) sécurité (٤) moralité

(٥) intangible (٦) كابتان ص ٦٣ - بلانويل ج ١ ص ١٠٧ ن ٢٩٢ راجع موضوع النظام العام على العموم والنظام العام الدولي بكتاب القانون الدولي الخاص للدكتور ابو هيف بك . بند ٢٤٩ و ٢٧٤

(٧) أنظر المادة الاولى من قانوني التسجيل الصادرين في ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ رقمي ١٨ و ١٩ أهلي ومختلط وهي على جانب عظيم من الأهمية لمخالفتها لنصوص القانونيه التي كانت مقررده من قبل مخالفه هامة لبعض الأصول القانونية البعثة . ومن هذه المادة هو « جميع العقود الصادرة بين الأحياء بعوض أو بغير عوض والتي من شأنها انشاء حق ملكية أو حق عيني عقاري آخر أو تغييره أو زواله ، وكذلك الاحكام النهائية التي يقرب عليها شيء من ذلك ، يجب اشهارها بواسطة تسجيلها في قلم كتاب المحكمه الابتدائية للكانن في دائرتها القطار ، أو في المحكمه الشرعية ، وذلك مع مراعاة لنصوص المعمول بها الآن في مواد الامتياز والرهن العقاري والاختصاصات العقارية . - ويقرب على عدم الاشهار أن الحقوق المنشار اليها لا تنشأ ولا تنقل ولا تتغير ولا تزول لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم . - ولا يكون للمقود غير المسجل من الاثر سوى الالتزامات الشخصية بين المتعاقدين ، - وتعتبر أحكام هذه المادة مقيده لنصوص الخاصة بانتقال الملكية والحقوق المالية العقارية الأخرى بمجرد الإيجاب والقبول بين المتعاقدين » اه

الملكية وإعلانها بالنسبة للغير أو بالنسبة للمتعاقدين أيضاً ، باعتبار أن هذا النص هو من النصوص الإلزامية للقيدة لحرية التعاقد .

ومما يتعلق بالنظام العام بعض المسائل الخاصة التي تتصل بالمصلحة الشخصية للفرد وهي مسائل الحماية^(١) . ويراد بها المسائل التي يقرها القانون للقاصر والسفيه والمعتوه . فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها والافات الغرض المقصود منها .

٦٦ - وقد يلح الشارع أحياناً وجود فرق عظيم بين المتعاقدين فيما يتصل بحرية التعاقد نظراً لما يكونان عليه من التفاوت في المال والمركز الاجتماعي ، أو نظراً للحاجة الصارخة التي يكون عليها أحد العاقدين دون الآخر ، كما فعل الشارع المصري بالقانون الصادر في أول مارس سنة ١٩١٣ رقم ٤ الخاص بعدم جواز توقيع المجهز على الاملاك الزراعية الصغيرة ، اذ قرر بالمادة الاولى منه بالفقرة الثالثة الحظر على المدين من التنازل عن حقه لغاية وقت صدور حكم نزع الملكية ، وكما يستفاد أيضاً من نصوص قيد إيجار المساكن وقانون تنقيص إيجار الأراضي الزراعية وكما فعل الشارع الفرنسي بقانون ٩ ابريل سنة ١٨٩٨ الخاص بحوادث العمل^(٢)

٦٧ - في أنواع الاعمال القانونية : الاعمال القانونية على أنواع كثيرة أهمها ما يأتي :

(١) العمل التبادلي^(٣) وهو الذي تتلاقى فيه ارادتا العاقدين ويسمى أيضاً بالاتفاق^(٤) . والاتفاق حينئذ هو التراضي^(٥) الحاصل بين شخصين أو جملة أشخاص ويراد به انشاء^(٦) أو نقل^(٧) أو انقضاء^(٨) حق مالي^(٩) كالبيع والإيجار . أو يراد به انشاء حقوق عائلية كالزواج

وهناك فرق بين الاتفاق^(١٠) والعقد^(١١) إذ المقدم هو نوع^(١٢) خاص من الاتفاق ويراد به انشاء أو نقل حق ولا يراد به انقضاء حق . فالبيع عقد وعلى العكس من

(١) protection (٢) accidents de travail (٣) acte bilatéral (٤) convention (٥) accord (٦) création (٧) transmission (٨) extinction (٩) droit patrimonial (١٠) convention (١١) contrat (١٢) espèce

ذلك الوفاء ^(١١) وهو العمل ^(١٢) الحاصل من الدين في سبيل تنفيذ التزامه ، إذ يعتبر اتفاقاً وعلى ذلك يعتبر الاتفاق جنساً ^(١٣) والعقد نوعاً ^(١٤) (انظر ص ٨٣ ن ٨٦ من كتابنا هذا)

٢) العمل القانوني ذو الطرف الواحد ^(١٥) وهو ما صدر من ارادة واحدة لشخص واحد كالوصية والتنازل عن حق واخراج الساكن أو رفت العامل ^(١٦) واحتلال أرض لا مالك لها والاقرار بالابوة

٣) العمل بموض ^(١٧) وهو ما يتبادل فيه طرفاه منفعة متبادلة ^(١٨) أى يعطى أحدهما شيئاً مقابل ما يعطيه الآخر ^(١٩) كالبيع والايجار

٤) عمل بغير عوض أو بلا مقابل ^(٢٠) وهو ما استفاد منه أحد الماقردين دون أن يكون ملزماً بدفع مقابل له ^(٢١) كالهبه ^(٢٢) والوصية ^(٢٣) والقرض بلا فائدة . والمقرض فيه مدفوع بنية التبرع ^(٢٤) كالواهب أو بنية أداء خدمة للغير وكالمقرض بلا فائدة

٥) العمل بين الاحياء ^(٢٥) وهو اتفاق كالبيع والهبة سواء أكان من طرفين أم من طرف واحد

٦) العمل للمضاف الى ما بعد الموت ^(٢٦) وهو ما يراد به نقل الاموال بعد الوفاة ولا يقع أثره إلا بعد وفاة صاحبه وهو الموصى ^(٢٧) ولذا يجوز له في حياته تعديله أو إلغاؤه ^(٢٨) كالوصية

٣) في شروط وصحة الاعمال القانونية

أثر الارادة في الاعمال القانونية

١) يراد بوجود العمل القانوني ^(٢٩) ما يلزم له ، لانشائه واخراجه من عالم المعدم الى عالم الحقيقة . ويراد بصحة العمل ^(٣٠) ما هو في حاجة اليه ليكون صحيحاً في ذاته بعد

(١) paiement (٢) acte (٣) genre (٤) espèce (٥) acte unilatéral (٦) congé (٧) acte à titre onéreux (٨) équivalent (٩) donnant donnant (١٠) acte in- (١١) à titre gratuit (١٢) équivalence (١٣) donation (١٤) testament (١٥) acte de أو acte à cause de mort (١٦) acte entre vifs (١٧) intention libérale existence (١٨) révocation (١٩) disposant (٢٠) dernière volonté (٢١) validité (٢٢)

خلقه وتكوينه . وللشروط وجوداً وصحة مسائل عدة قصر البحث فيها هنا على بعضها . والبعض الآخر نرجى فيه القول الى المقود . ونرى التكلم على الارادة في العمل القانوني والاهلية فيه

٢- **اورادة** (١) في العمل القانوني هي الركن الاساسي له (٢) اذ بدونها لا ينقذ العقد ، سواء كانت الارادة واحدة في عقد ذي طرف واحد أو متعددة في عقد تبادل . والاتحاد في الارادة يسمى بالرضا (٣) أو الايجاب والقبول من طرفيه ، والرضا باعتباره عللاً نفسانياً داخلياً لا يكفي وحده في انشاء العقد . بل لا بد للارادة ان تتجسم خارجياً وذلك بالافصاح عنها (٤) بطريقة نتم عن وجودها . والافصاح هذا اما صريح (٥) وثابت شفوياً أو بالكتابة واما ضمني (٦) اذا استنتج من العمل الذي يقوم به صاحبه بطريقة تدل على رضائه بالعقد ، كالوكالة الضمنية (المادة ٥١٢ / ٦٢٥) فقرة ثانية مدني و ١٩٨٥ فرنسي) وتجديد عقد الاجبار (٧) (المادة ٣٨٦ / ٤٧١ مدني و ١٧٣٨ و ١٧٥٩ فرنسي)

٧- **في طريقة الافصاح عن الارادة** : للافصاح عن الارادة طريقان : طريقة حرة وطريقة مقيدة . ويراد بالطريقة الحرة ان العمل القانوني يتكون صحيحاً بمجرد الافصاح عن الارادة بأي طريقة كانت ودون الخضوع لاي قيد ما . وحرية الافصاح هذه هي القاعدة الاصلية في الشرائع الحاضرة . وأما الطريقة المقيدة وهي الطريقة المعروفة بالاوضاع الشكلية (٨) فهي الطريقة التي لا ينقذ فيها العقد انقذاً قانونياً ولا يوجد وجوداً قانونياً الا اذا توافرت شروط وضعية وقيد شكلية حتمها القانون لانشائه ، وبدونها لا ينقذ العقد ولا يحدث له أثر قانوني معها كان المعاهدان على رضا تلم به . وكانت هذه الطريقة شائعة عند الشعوب السابقة وعند الرومان وهي وان كانت وليدة لتطورات اجتماعية حتمية مررت بها الشعوب في أدوار طفولتها الاولى الا ان لها بعض المزايا الحققة في انها لا تجعل لامر الارادة في التعاقد عللاً للشك بل هي تطيع العقد بطابع لا يستطيع معه الافلات من قوة أثره وصحته

déclaration (١) consentement (٢) élément essentiel (٣) volonté (٤)
formalisme (٨) tacite reconduction (٧) tacite (٦) expresse (٥)

كما نطبع الحكومة العملة اثباتاً لصحتها، وكما لاحظ ذلك بحق المشرع الألماني «اهرنج»^(١)، وكان لهذه الطريقة أثر ظاهر ذو فائدة خاصة في الوقت الذي لم تكن فيه ميزة القراءة والكتابة منتشرة انتشارها في الوقت الحاضر. ومن النتائج المباشرة لهذه الطريقة هي العلانية واشهار المعاملات بين الناس ليعلم بها الغير. ولكن لما تقدمت الشعوب في المدنية وراجت حركة التعامل المدني والتجاري ساقبها طبيعة العمران والحياة الاجتماعية الجديدة الى التحرر من قيود أصبحت معطلة لها، فمضى عليها وأخذ بالطريقة الحرة^(٢).

على انه مع الاخذ بطريقة حرية الانصاح عن الارادة فان الشارع لمح في شئون الحياة الاجتماعية أحوالاً تدعو الى اليقظة والالتفاف والى ضرورة أخذ الحيطة في سبيل الدفاع عن بعض الحقوق وعن أصحابها. وكان الدافع له اما حماية بعض الاشخاص من تهوؤهم الفجائي. أو حماية الغير وهم غير المتعاقدين، أو الفات نظر الافراد الى أهمية ما يتعاقدون عليه فينصحهم باتباع قيود ضماناً لحقوقهم. لذا اختط الشارع خطتين تبعاً للدافع الذي يدفعه. فهو تارة يدلى بالالزام وطوراً يدلى بالنصح

٧١ - (١) في 'الالزام': يرى الشارع في بعض الاحيان اندفاعاً من بعض الافراد وتهوؤاً منهم في تقرير حقوق للغير على أملاكهم بلا مقابل. هذا النوع من التعامل بلا مقابل هو أبغض الحقوق عند الشارع، كعقد الهبة مثلاً. لذا قرر الشارع (المادة ٤٨ / ٧٠ مدني و ٩٣١ فرنسي) ضرورة ان يكون المقدر سمياً^(٣) أي عقداً خاضعاً لقيود شككية^(٤). وقرر الشارع أيضاً رسمية بعض العقود لأهميتها في أثرها على أموال الغير كعقد الزهن التأميني^(٥) (المادة ٥٥٧ / ٦٨١ مدني و ٢١٢٧ فرنسي) والوفاء من طريق الحلول برضاء الدائن عند دفع الدين اليه من قبل الغير (المادة ٢٢٥ / قبرة أولى مدني مختلط، و ١٢٥٠ قبرة ثانية مدني فرنسي، ولا مثيل لها بقانون الاهلي)

أما جزاء الإلزام هذا^(٦) فهو انه اذا لم تحصل رسمية العقد فلا ينمقذ العقد ولا

(١) Ihering (٢) كابتان تم ٦٦ وما بعدها بلانول ص ١٠٤ ن ٢٨٥ وما بعدها
(٢) authentique (٣) . acte. solennel (٤) . sanction (٥) . hypothèque (٦)

ينفذ رضاء المتعاقدين بأية حالة كانت . ويفهم من ذلك أن الرسمية نفسها هي المنشئة للمقد . وأن الإيجاب والقبول هما بعض أركان انشائه ، لا كل الأركان ، وهذا يحكي الأوضاع الشككية^(١) التي كانت معروفة عند الرومان سواء بسواء .

وفي اشهار الملكية وجميع الحقوق العينية العقارية بالنسبة للغير يجب التسجيل . لأن التسجيل هو طريق العلانية الوحيد الذي يرجع اليه في الاحتجاج به على الغير حملة الحقوق العينية العقارية ، الا اذا كان الغير يعلم بالتصرف السابق فانه لا يجوز له أن يمتنع بعدم التسجيل (المادة ٢٧٠ / ٣٤١ مدني) ولكن هل تستقر هذه المادة مع المادة الأولى من قانون التسجيل الصادر في ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ دفي ١٨ و ١٩ أهلى ومختلط ، وهي التي تقرر أنه يترتب على عدم التسجيل أن الحقوق العينية لا تنشأ ولا تنتقل ولا تنمر ولا تزول لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم ، وقد بين قانون التسجيل هذه المواد التي ألفاها بالمادة ١٦ منه ولم ترد المادة ٢٧٠ / ٣٤١ مدني ضمنها ؟ نرى أنه يجب في تفسير المادة ٢٧٠ المذكورة ربطها مع المادة ٢ من قانون التسجيل ، إذ قالت في هذه الأخيرة : « فلذا لم تسجل هذه الأحكام والسندات فلا تكون حجة على الغير كما أنها لا تكون حجة كذلك ولو كانت مسجلة اذا داخلها التدليس »^(٢) وكانت الملكية تنتقل بين المتعاقدين بمجرد الاتفاق بلا حاجة الى التسجيل . ولا تنتقل بالنسبة للغير الا بالتسجيل . أما الآن وقد صدر قانون ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ فهي لا تنتقل بين المتعاقدين أنفسهم الا بالتسجيل . فأصبح التسجيل ركنا أساسياً لصحة انتقال الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية^(٣) أى أن الشككية^(٤) في نقل الحقوق العينية العقارية أصبحت أساساً لازماً له

ومما يلحق بالالزام فيعتبر شديداً له من بعض الوجوه أن القانون رأى أن يقيّد عملية إثبات العقود العرفية بين الأفراد بقيود خاصة . فقرر بأن العقد الذي تربو قيمته على عشرة جنيهات لا يثبت على المدين إلا اذا تمرد بالكتابة (المادة ٢١٥ / ٢٨٠ مدني و ١٣٨٤ فرنسي) أى الإثبات بمقود بالسند الكتابي المثبت^(٥) وليس معنى ذلك أن المدين اذا أقر بدينه لا يؤخذ بقواره . انما وضع هذا القيد في حالة الانكار

قط فلا سبيل للدائن في اثبات دينه الا بالدليل الكتابي .

٧٢ - في النسخ : لما رأى الشارع أن هناك عقوداً تتناول مسائل هامة تدعو فيها الضرورة الى زيادة العناية بمُحَص مواد العقود قرر جواز اقرارها في قلب رسمي وتحريرها عقدا رسمياً . وفوق ذلك فإنه يترتب عليها بعض الامتيازات الخاصة بالاحكام فيما يتعلق بالتنفيذ . والطمئن فيها وفيما يدخل ضمن اختصاص الموثق لا يكون الا من طريق الطمن بالتزوير في الاوراق الرسمية كما سنبين ذلك في مكانه بنظرية الاثبات .

٧٣ - عيوب الإرادة : يراد بها عيوب الرضاء ^(١) أى الغلط ^(٢) والغش ^(٣) والاكراه ^(٤) والغبن ^(٥) ونرجى القول فيها الى حين التكلم على نظرية العقود باعتبار العقود مصدراً من مصادر الالتزام

في الاهلية القانونية

٧٤ - يراد بالاهلية القانونية ^(٦) الكفاءة الشرعية اللازمة لانشاء عمل قانوني أو هي الكفاءة ^(٧) اللازمة لاكتساب الحقوق ^(٨) واستغلالها ^(٩) وهي على نوعين أهلية التمتع بالحق ^(١٠) أى أهلية وجوب، وهي أن يكون الانسان أهلاً لأن يكون من حملة الحقوق المدنية ^(١١) . وأهلية استغلال الحق ^(١٢) أى أهلية أداء . وهي قدرة الشخص على الانتفاع بحقوقه ونقلها للغير . وهذا ما أجملته المادة ١٢٩ / ١٨٩ مدنى اذ قالت : « قد تكون الاهلية مقيدة بأحصارها في بعض الافعال وقد تكون مطلقة شاملة لكل الافعال » والامر في تقرير أصول الاهلية وأحكامها يرجع الى الاحوال الشخصية الخاصة بكل فرد . وفي ذلك تقول المادة ١٣٠ / ١٩٠ مدنى ما يأتى : « الحكم في الاهلية المقيدة والمطلقة يكون على مقتضى الأحوال الشخصية المختصة بالملة التابع لها العاقد » ^(١٣)

(١) vices du consentement (٢) erreur (٣) dol (٤) contrainte (٥) lésion
- كابتان من ٦٩ وما بعدها - - بلانيول من ١٠٠ ن ٢٧١ وما بعدها (٦) capacité juri-
dique (٧) aptitude (٨) acquérir (٩) exercer (١٠) jouissance (١١) titu-
laire (١٢) exercice (١٣) statut personnel راجع في هذا الموضوع كتاب الدولى
الخاص للدكتور ابو هيف بك بند ٣٥٩ وما بعده

(١) **فى عدم أهلية التمتع** ^(١). إن الأهلية فى التمتع بالحق أمر لازم للانسان فى حياته والاصل فيها انها عامة لجميع الافراد ولكل انسان الحق فى التمتع بحقوقه المدنية مهما كانت سنه أو نوعه أو حالته أو جنسيته . فإذا حرم من مرتبة أهلية التمتع اعتبر كأنه خارج عن دائرة الانسان وأصبح ملحقاً بطائفة الرقيق المعروفة فى المصور المنصرمة ومن امثال عدم أهلية التمتع ما يأتى : (١) فى الزواج . لا يصح الزواج الا فى (من معين . - ٢) اذا حكم على شخص بعقوبة جنائية فى جنابة وجب الحجز عليه بتعيين قيم له أى يحرم من حق التمتع ببعض حقوقه المدنية فوق حرمانه من حق ادارة أمواله (المادة ٢٥ قرة ٣ / ٤١ عقوبات)

فى عدم أهلية الاستغلال ^(٢) . يحصل أن يكون الشخص ذا أهلية فى التمتع بحقوقه ، ولكن يكون معدوم الأهلية من حيث استقلالها . أى يكون صاحب الحق وحاملاً له ولكنه لا يستطيع التصرف فيه . ويسمى هذا الشخص عادة بـ **عديم الأهلية** أو **مفقود الأهلية** ^(٣)

ولاجل أن يكون ذا أهلية فى استقلال حقوقه يجب ان يتوافر فيه ما يأتى :
(١) يجب أن يكون مميزاً لما يعمل ^(٤) أى ان يكون اهلاً لادراك مرمى أعماله . - (٢) يجب ان لا يكون مفقود الأهلية بحكم القانون
وعلى ذاك يكون عدم أهلية الاستغلال على نوعين . اما أن يكون طبيعياً أو شرعياً

فالتبعية ^(٥) ما يتعلق بالاشخاص الذين لا يدركون ما يعملونه مثل الاولاد الذين لم يبلغوا سن التمييز ^(٦) والمتوهين والمجانين ^(٧) وهم تحت سلطان المرض ، وضعفاء العقول ^(٨) . هؤلاء الاشخاص محرومون من حق التعامل أيضاً تعاملاً قانونياً ^(٩) فهم محرومون من حق الاستغلال المطلق بوجه علم

والشرعى ^(١٠) — ينشأ عن الاسباب الآتية : الصغر ^(١١) والحجز على المتوهين

(١) incapacité de jouissance (٢) incapacité d'exercice (٣) incapable (٤) discernement (٥) incapacité naturelle (٦) âge de raison (٧) aliénés (٨) idiots (٩) commerce juridique (١٠) incapacité légale (١١) minorité

والجائين^(١) والحجر على المحكوم عليهم بقوة جنائية في جنابة . وعيم الاهلية هذه لا بد فيه من نص قانوني لان الاهلية هي الاصل وزوالها استثناء لأصلها . فلاصل في الانسان أن يستغل حقوقه المدنية الا اذا أدرجه القانون في طائفة هديى الاهلية

في الانابة القانونية^(٢)

٧٥ - الانابة^(٣) القانونية أو التوكيل في الأعمال القانونية أو التوكيل في العقود بمعنى واحد . ويراد بها أن يقوم شخص يسمى بالتوكيل بوجه علم بجراء عمل قانوني لمصلحة شخص آخر بحيث تمود على هذا الأخير جميع نتائج العقد دون الاول ، ولهذا الأسلوب القانوني منافع عظيمة إذ به تدار حركة أموال المحجور عليهم لصغر أو سفه أو عته أو لعقوبة جنائية ، بل وحركة البالغين الراشدين أيضاً اذا حالت بينهم وبين اقيام بأعمالهم بأنفسهم حوائل ترجع للبعد في المساقات أو غير ذلك .

وكان الرومان في بدء عصورهم الأولى لا يعرفون هذه الانابة القانونية لأنهم لم يقرروا مطلقاً أنه يجوز للعمل القانوني أن تتعدى نتائجه من حقوق والتزامات الى غير الذي أجروه وأتموه على أيديهم ، قرروا ذلك اعتماداً على ذلك المبدأ البسيط وهو أن من لم يكونوا طرفاً في العقد لا يستطيعون أن يصيروا مالكيين أو دائنين أو مدينين بحكم ذلك العقد . ولذا أصبحت الانابة القانونية عند الرومان في عداد الاستحداثات القانونية . وعلى ذلك قرروا مبدأ اللإابة^(٤) ولكن اذا كان قد تقرر عند الرومان عدم الاخذ بنظرية الانابة القانونية قائمهم مع ذلك قرروا الأخذ بنحو استعمال الوسيط^(٥) في اقيام بالأعمال القانونية على حساب الغير كما فعلوا ذلك في حالة القوامر الوصاية^(٦) والوكالة^(٧) الا انهم علقوا على ذلك نتائج قانونية غريبة جعلوها تتفق مع مبسثهم اللإابى ، الذى قرروه من قبل وأصروا عليه . وذلك أنهم يرون دائماً أن نتائج العقد لا تسرى إلا على من اشترك في عمله ولا يتعدى الى صاحب المصلحة الحقيقية فيه . وعلى من اشترك في عمل العقد أن ينقل الى صاحب المصلحة جميع الحقوق التى آلت له من العقد . وكذلك على صاحب المصلحة هذا أن يتحمل هو الآخر

(١) interdiction des aliénés (٢) دوج ج ١ ص ١٧٣ - ٢٠٣ ن ٨٩ - ١٠٠

مكررة ٣ (٣) représentation (٤) non-représentation (٥) intermédiaire (٦) mandat (٧) telle

جميع الالتزامات الناشئة عن العقد الى الغير . أى أنه بمجرد حصول العقد على يد الوسيط ينشطر العقد الى شطرين : شطر يكتبه صاحب المصلحة والشرط الآخر يلتزم به . وما يكتبه يأتى اليه من طريق تنازل الوسيط اليه . وما يلتزم به يأتى من نعمه هو بما التزم به الوسيط . وبدأ ينزل الوسيط عن الحقوق المقررة بالعقد ، يتحرر بما التزم به بالمقد ويخرج من العملية القانونية وكأنه لم يتعاقد . ولهذا النظرية أخطار ترجع لاحتمال الأضرار لدى الوسيط عند نزوله عن الحقوق . والاعراض لدى صاحب المصلحة عند التزامه بالتعهدات . لذا عالج الرومان هذه الشوائب كلها مست الحاجة اليه تحت سلطان تطور الحياة العملية وما قطعوه من أشواط بعيدة في طريق المدنية الأخذة في النمو . علجوا ذلك وجعلوا مهمهم في طريق تبسيط الوسائل وربط صاحب المصلحة الحقيقية مع الغير ، وهو الذي تعامل مع الوسيط . وذلك مع اصرارهم على حصر نتائج العقد في شخص الوسيط ، إلا أنهم قرروا لصاحب المصلحة حق مقاضاة الغير مباشرة بالدعوى المرفوعة بالدعوى النافعة^(١) وهي من مبتكرات البريتور . وبذلك قد تمهد الطريق في سبيل تكوين نظرية الانابة القانونية بالمعنى الصحيح فتقرر في العصور الحاضرة الأخذ بها . ولكن الرومان أصرروا على عدم الأخذ بها بتأناً

٧٦ — اذا قرر ذلك فما هي إذن الخصائص القانونية للانابة القانونية ؟ وما هي مميزاتها ؟ هي ما يأتي :

(١) ان من يقد العقد وهو الوسيط لا يعمل باسمه خاصة انما يعمل باسم صاحب المصلحة الحقيقية . وعلى ذلك يجب عليه أن يجازر المتعاقد معه وهو الطرف الآخر للعقد بنيت^(٢) وهذا شرط أساسي لصحة الانابة . والا اعتبر العقد منحصرأ بينه وبين الآخر وان لا انابة البتة وأن لاشأن لصاحب المصلحة الحقيقية كما يحصل ذلك في عقد العمولة^(٣)

(٢) ولا يكفي في الانابة القانونية ان يعمل الوسيط باسم صاحب المصلحة بل

(١) actions utiles (٢) intention (٣) المادة ٨٥/٨١ تجلزي ٩٤٥ فرنسي .
وتسمها : « فوكيل بالعمولة » commissionnaire هو الذي يعمل عملاً باسم نفسه أو باسم شركة
nom social باسم الموكل على ذمته في مقابلة اجرة sataire أو عمولة provision

يجب في الوسيط أيضاً أن يكون ذا حق في الايابة . ويرجع هذا الحق أو هذا التفويض بالوكالة ^(١) إما الى القانون وإما الى الاتفاق

فالتفويض من جانب القانون هو ما قرره القانون بالذات وهو ما يسمى بالايابة الشرعية ^(٢) وهي الولاية الشرعية أى ولاية الأب والجد الصحيح . والتفويض من جانب الاتفاق هو أن يكلف صاحب المصلحة الوسيط بأن ينوب عنه وهو ما يسمى بالايابة التعاقدية ^(٣) . وقد يحصل أن تقع الايابة دون أن يكون هناك تفويض بها من قبل وبغير علم صاحب المصلحة كما يقع ذلك في حالة أعمال الفضولي ^(٤) كما اذا غاب شخص وخيف من حصول تلف للماله فيأتى صاحب له فيعمل على منع التلف بأن يخبر من يتعاقد معه بأنه لا يعمل باسمه بل باسم النائب . ففي هذه الحالة يعتبر الفضولي ^(٥) وهو القائم بالعمل ، نائباً ^(٦) عن رب العمل ^(٧) وهو صاحب المال . واذا جاء رب العمل ووافق ^(٨) على ما تم فعند العقد عليه مباشرة وتحمل بنتائجه ، كأن الفضولي يعمل ولديه التفويض من قبل . واذا فرض وأبى رب العمل الموافقة على ما تم على يد الفضولي فإن الايابة القانونية لا ينعدم أثرها بالمرّة في هذه الحالة بل يبقى لها مع ذلك بعض الأثر ، بمعنى أن صاحب المال يصبح مع ذلك ملتزماً بأزاء الغير اذا تبين بأن الفضولي قد أفاد وأحسن فيما فعل ، أى في حالة ما إذا عادت منفعة عليه من عمل الفضولي (المادة ١٤٤ / ٣٠٥ مدنى ١٣٧٥ فرنسى) . ومن هنا نرى أن التفويض ^(٩) أو المصادقة عليه لم يكونا من الأركان الأساسية ^(١٠) للايابة القانونية . على أنه يجب مع ذلك التفرقة بين الايابة الشرعية والايابة التعاقدية إذ لا بد في هذه الأخيرة من الإفصاح عن إرادة ورغبة الاصيل صاحب المصلحة وهو المفوض ^(١١)

٧٧ - فى الكيان القانونى أو التكيف القانونى لعدايات قانونية : يراد بالكيان أو التكيف القانونى ^(١٢) الاصل القانونى لهذه النظوية وعلى أى اساس قانونى تكونت . ولقد أثار البحث في تحليل الايابة القانونية والتعرف على كيانها خلافت حادة بلانانيا . اما فى فرنسا فقد اتفق من زمن على ان الايابة القانونية هى تصوير

représentation contractuelle (٢) représentation légale (٣) pouvoir (١)
ratifier (٨) maître (٧) représentant (٦) gérant (٥) gestion d'affaires (٤)
nature juridique (١٢) représenté (١١) essence (١٠) pouvoir (٩)

خيلى أو مجاز^(١) يفترض فيه ان الاصيل قد أفصح عن رغبته في العمل القانوني بلسان وكيله وبواسطته . أى ان الوكيل كان واسطة الاتصال بين الاصيل والمقيد الآخر . على ان هذا التصور المجازى لم يخل هو الآخر من انتقادات قادت حوله . ذلك لانه قيل بان هذا المجاز لا يتفق مع نظرية اعمال الفضولى . وعلى الاخص فانه لا يمكن الاخذ به في حالة ما اذا كان الوكيل لم يكن معيّناً من قبل الاصيل مباشرة بل كان من طائفة الوكلاء الشرعيين^(٢) اى الذين نصبهم القانون بحكمه . والافضل في عصر القانون الحاضر القول بانه يجوز في العمل القانوني ان تمتشى نتائج على غير من عقده . وعلى ذلك يعتبر العمل القانوني الحاصل على يد الوكيل ذا وجهتين . وجهة يعتبر فيها الوكيل بانه هو الذى فعل العقد وتم على يده . ووجهة أخرى تعتبر فيها نتائج العقد حجة على الاصيل . ومن هذا التحليل نترتب الاصول الآتية :

(١) ان الذى يعمل العقد هو النائب ، والانصاح عن الارادة يصدر منه . وعلى ذلك يجب ان يكون من ذوى الاهلية في الارادة وهذا كاف . وليس بلازم ان يكون من ذوى الاهلية في الالتزام ما دام انه لا يترتب على عمله أثر مافى أمواله . واذ اثابت ارادة النائب شائبة جاز للاصيل طلب الفناء العقد^(٣)

(٢) ان آثار العقد تمتشى على الاصيل دون وكيله فهو الذى يصبح مالكا وراثتاً ومديناً وهو الذى تبرأ ذمته اذا كان التماقن خاصاً بانقضاء التزام . وعلى ذلك اذا كان من الضروري توافر بعض شروط الاهلية فانه يجب توافرها في شخص الاصيل . فاذا أريد التصرف في مال وجب تحقق شرط التصرف عند الاصيل

ومما تجب ملاحظته : انه اذا كان العمل القانوني المراد عمله يحتم فيه القانون ان يكون رسمياً وجب ان يكون التفويض بالتوكيل رسمياً أيضاً . لانه يجب على كل حال ان لا يحرم الاصيل من الضمانات التى قررها الشارع للمقيد وهى ضمانات الاستقلال في الرأى والعلمانية والتى يشعر بها وهو في حضرة الموثق . فاذا اريد عمل توكيل عن هبة أو رهن عقارى رسمى وجب ان يكون التوكيل بعقد رسمى . وهناك بعض الاعمال

القانونية مما لا يجوز فيها التوكيل بناتاً كحلف اليمين اذ لا بد من ان الخالف نفسه يحلف بالذات

في الحقوق وخصائصها وأنواعها

٧٨ — الحقوق أو الحقوق الخاصة بالإنسان ^(١) هي ما يشعر به الأفراد من القوة والسلطان ^(٢) في سبيل تحقيق مصالحهم ^(٣) ويفترض في هذه القوة وذلك السلطان أن يكون بجانبها قوة اكراهية ^(٤) يستعين بها الأفراد ضد من يعمل على تعطيل الانتفاع بالحقوق من طريق النزاع فيها ^(٥) أوغل أيدي أصحابها ^(٦) وعلى ذلك لا تتمتع الحقوق الا اذا أمدتها القانون بوسائل حمايته

٧٩ — في تقسيم الحقوق : تنقسم الحقوق الى الأقسام الآتية :

مفروض مطلق ومفروض نسبي : الحقوق النسبية ^(٧) هي ما تقررت لشخص قبل شخص أو أشخاص آخرين . وحقوق الدائنية ^(٨) هي وحدها ودون غيرها المكونة لهذا النوع

والحقوق المطلقة ^(٩) هي ما يحتج بها على الجميع ^(١٠) ، منها الحقوق العينية ^(١١) وأخصها حق الملكية ^(١٢) والحقوق الماثلية ^(١٣) والحقوق السياسية ^(١٤) والحقوق العامة ^(١٥) المتصلة بشخصية الإنسان مثل حق الاشتغال ^(١٦) وحق المناجرة وحق الكتابة وحق التكلم

في الحقوق السياسية والحقوق المدنية : الحقوق السياسية ^(١٧) هي الحقوق التي يشترك الأفراد بمقتضاها في الأخذ بقسط من الولاية العامة ^(١٨) أى في حكم البلد مثل حقوق الانتخاب ^(١٩) (المادة الأولى من قانون الانتخاب الصادر في ٣٠ ابريل سنة ١٩٢٣ رقم ١) بشروط وقيود معينة

(١) droits subjectifs (٢) des pouvoirs (٣) intérêts (٤) contrainte (٥) contester (٦) entraver (٧) droits relatifs (٨) droits de créance (٩) droit (١٠) droits absolus (١١) droits réels (١٢) droits opposables erga omnes (١٣) droits politiques (١٤) droits de famille (١٥) droits pu- (١٦) droit de travailler (١٧) droits politiques (١٨) puissance publique (١٩) éligibilité و électorat (١٩)

والحقوق المدنية ^(١) وهي جميع الحقوق الأخرى التي لم تطع بالطابع السياسي .
وتكون في ذاتها دائرة المجال الحيوي للانسان وهي تخالف الحقوق السياسية في أنها
ملك لجميع الأفراد لانها ضرورية لهم في حياتهم العملية وبخلاف الحقوق السياسية .
اذ يسهل على الفرد أن يعيش دون أن يكون عضواً بالبرلمان ولكن لا يستطيع أن
يحيا اذا حرم من حق التبائع ، وحق الاشتغال بالحرف والصنائع .

وتقسم الحقوق المدنية الى ما يأتي :

(١) حقوق لازمة ^(٢) وهي ما اتصلت بشخصية الانسان اتصالاً محكماً لا تفارقه
ولا يفارقها وتسمى أيضاً بحقوق الانسان ^(٣) أو الحقوق العامة ^(٤) أو الحقوق الطبيعية ^(٥)
وهي الحقوق الناشئة عن شخصيته مثل الحق في التمتع بالحياة والحرية وبالكرامة وبالحرية
الدينية وبحرية الكلام وهكذا وهي محمية بالقانون العام ولذلك لا تدخل في القانون
المدني . ولكن تدخل فيه كلما مست هذه الحقوق نزعة التعسف من قبل الحاكم .
اذ يستحيل الحق في هذه الحالة الى تعويض ^(٦) يطالب به الشخص المضار طبقاً للمواد
١٥٤ / ٢١٢ و ٢١٣ مدني و ١٣٨٢ فرندي والمادة ١٥ / ١١ من لائحة انشاء المحاكم
الاهلية والمختلطة . واذا استحال الحق الى تعويض أصبح ذا أثر مادي في مال الفرد ^(٧)
وهو ما يجعله على الاكثر ضمن دائرة القانون المدني

(٢) الحقوق العائلية ^(٨) وهي ما تتعلق بقانون الاحوال الشخصية ^(٩) للأفراد
من حيث القرابة والنسب ويمتاز هذا النوع بكونه يجمع بين الحقوق والواجبات ^(١٠)
فحق الاب نحو الولد لا ينحصر فقط في الاشراف على تربيته بل بالالتزام بتربيته .
واذا كانت هذه الحقوق كما تقدمها حقوقاً خارجة عن دائرة أموال الانسان ^(١١) أي
حقوق غير مالية الا انها تستحيل هي الأخرى الى حقوق مالية مثل حق النفقة
(المواد ١٥٥ / ٢١٧ و ١٥٦ / ٢١٨ مدني) والحقوق في الموارث (المادة ٥٤ / ٧٧
مدني)

droits de l'homme (٢) inhérents à la personnalité (٣) droits civils (٤)
patrimoine (٥) réparation civile (٦) biens innés (٧) droits publics (٨)
droits extra- (٩) devoirs (١٠) statut personnel (١١) droits de famille (١٢)
patrimoine

٣) والحقوق المتعلقة بالمال ^(١) أو الحقوق المالية وهي أكثر حقوق القانون المدني وتستحيل هذه الحقوق ^(٢) في النهاية إلى تسوية مالية ^(٣) تقوم بالنقد كحق الملكية . وتنقسم هذه الحقوق إلى حقوق عينية وحقوق دائنية وحقوق فكرية ^(٤) وهي الخاصة بجماعات المؤلفين والممثلين والمخترعين وما يترتب لهم من الحقوق على ما ألفوه واخترعوه

الحقوق العينية ^(٥) وهي الحقوق التي تنصب على الأشياء الخارجية مثل الاراضي ^(٦) والمنازل والمنقولات . ولأصحاب هذه الحقوق ^(٧) على الأشياء سلطان مباشر ^(٨) وحال ^(٩) يختلف في قوته ونفوذه بقدر اختلاف هذه الأشياء ولذا سمي بالحق العيني ^(١٠) أي ما انصب على العين بالذات ^(١١)

وتنقسم هذه الحقوق إلى حقوق عينية أصلية وحقوق عينية تبعية فلاولى ^(١٢) وهي التي لم تكن تابعة لخلق دائني ، هي ما يشر فيها صاحبها من ميزة التمتع بالشئ واستغلاله بلا قيد ولا شرط . وهي حق الملكية والحقوق العينية على ملك الغير . ٨٠ - ١) من الملكية ^(١٣) هو أتم الحقوق التي يتمتع بها الفرد على الأشياء ويتمتع صاحب الحق بملكه دون غيره ويتمتع بالشئ المملوك له بحسب ما أعدله ذلك الشئ . ولصاحب الحق على الشئ ميزة خاصة به ^(١٤) وسلطان مطلق لحد ما (المادة ٢٧/١١ مدني و ٥٤٤ فرنسي) إذ أنه في الحقيقة مقيد بما يترتب للغير من الحقوق على هذا الشئ .

٢ - الحقوق العينية على ملك الغير : هذه الحقوق كثيرة منها حق المنفعة ^(١٥) وهو حق الانتفاع واستعمال الشئ المملوك للغير الذي يسمى مالك الرقبة ^(١٦) (المواد ١٣ - ٢٩/٢٩ - ٥٠ مدني و ٥٧٨ فرنسي وما بعدها) وحق الاستعمال ^(١٧) وحق السكنى ^(١٨) وهما صورتان لحق الانتفاع . - وحقوق الارتماق ^(١٩) على اختلاف أنواعها ومنها حق

(١) droits patrimoniaux (٢) prérogatives (٣) satisfaction pécuniaire (٤) droits intellectuels (٥) droits réels (٦) fonds de terre (٧) droits réels (٨) direct (٩) immédiat (١٠) réel (١١) jus in re (١٢) au- (١٣) exclusif (١٤) droit de propriété (١٥) principaux (١٦) droit d'habitation (١٧) droit d'usage (١٨) propriétaire (١٩) servitudes

المرور^(١) وحق المثل^(٢) وهي حقوق مقررة لفائدة عقار معين على عقار آخر (المواد ٣٠ - ٤٣/٥١ و ٦٥ و ٦٣٧ فرنسي وما بعدها)

٨١ - ٢) في حقوق الرائنية^(٣): هذه الحقوق هي ما تنقرر للأفراد قبل بعضهم البعض ولذا سمي هذا الحق أحياناً بلحق الشخصي^(٤). ولحامل حق الدائنية وهو الدائن^(٥) الزام أو اكراه^(٦) مدينه^(٧) على القيام لمصلحته بما ألزم به، أي على تنفيذ التزامه^(٨) إما بتسليمه شيئاً أو عمل شيء أو الامتناع عن عمل شيء^(٩) ومن أخص مميزات حق الدائنية^(١٠) انه على صورتين صورة ملك داخل مال الدائن وصورة دين^(١١) يتحمل به مال المدين فهو في مال الدائن عنصر موجب^(١٢) وفي مال المدين عنصر سالب^(١٣) بعكس الحق العيني فإنه لا ينزع عن مال المدين شيئاً اذ كل ما يقضى به هو أن يتمتع الناس عن مناوأة صاحبه في استمتاعه به استغلالاً وتصرفاً كما ينتفعون هم سواء بسواء

وعما مر نرى أنه يمكن الاستماعة بحق الدائنية ذريعة لتملك الأشياء وأداة في انتقالها من يد ليد. من يد المدين ليد دئته^(١٤). وفي ذلك يمكن القول بأن حق الدائنية هو المهد أو الخطوة الأولى في طريق الحق العيني^(١٥) وذلك لأنه يلاحظ في البلاد المتشددة أن الأشياء ذات المنافع مملوكة للأفراد وقليل منها مباح وهي تملك بوضع اليد. لذا إذا أراد الفرد أن يملك شيئاً من هذه الأشياء المملوكة وهي الغالبة وجب عليه التعاقد مع صاحب الشيء الذي يلزم بتسليمه له فيصبح المالك مدينًا بالتسليم من طريق البيع مثلاً ويصبح المشتري دائنًا بالتسليم

ولا يتصرف حق الدائنية الى نقل الملكية أو حق عيني آخر بل هو أداة عامة في الالتزام على اختلاف صوره وتباين أنواعه كالقيام بعمل شيء أو الامتناع عن

(١) droit de passage (٢) droit de vue (٣) droits de créance (٤) droit
(٥) personnel (٦) créancier (٧) astreindre (٨) débiteur (٩) prestation (١٠) s'abstenir
(١١) dette (١٢) élément actif (١٣) élément passif (١٤) وقدا ساء بض للشارحين هكذا jus ad rem إشارة الى أنه يمكن صاحبه من الحصول على ملكية شيء مملوك لمن ألزم به (١٥) jus in re

عمل شيء . ويتحول الالتزام في هذه الأحوال الى تمويض مالى ^(١) كهدم قيام المفاوض بالبناء أو مخالفة من باع محله التجارى عقد البيع صراحة أو ضمناً بان يفتح محلاً تجارياً بجانب المحل المبيع

وما تقدم يمكن التفرقة بين الحق العيني وحق الدائنية فيما يأتى : —

إن الحق العيني حق مطلق أى ان الرابطة القانونية فيه ليست محصورة بين شخصين معينين بل ينصرف الى حرية تصرف واستئلال صاحب هذا الحق للملكه بقدر ما يتيح طبيعة الملك في دائرة القانون، لانه حق على الشيء . وليس بلزوم في استئلاله أن يكون هناك شخص آخر يلتزم به . كحق الملكية والحقوق العينية العقارية الأخرى كحق الانتفاع وحق الارتفاق . بعكس حق الدائنية فانه حق نسبي لان الرابطة القانونية فيه محصورة بين شخصين معينين والدائن لا يطالب إلا مدينه بما التزم به هذا الأخير . وحرية المدين معقودة بقدر هذا الالتزام، والمدين خاضع بقدر هذا الالتزام فقط لدائنه

٨٢ — الحقوق العينية النسيبة: ^(٢) هي الحقوق التي تضمن نفاذ حقوق الدائنية الاصلية والوفاء بها مثل الرهن ^(٣) والامتياز ^(٤) والرهن التأميني ^(٥) . وذلك أنه اذا أصبح المدين ملتزماً أمام جملة دائنين ولم يكن لديه ما يفي بكل الديون أى أصبح معسراً ^(٦) وجب على الدائنين تحمل اعساره . بمعنى انه اذا نزعت ملكيته مما يمتلكه وبيعت عقاراته ومتقولاته بالزاد الجبرى وزع الثمن عليهم بنسبة ديونهم ^(٧) بصرف النظر عن ترجيح ديونهم إذ يستوى الدين القديم مع الدين الحديث (المواد ١٤١ / ٢٠٢ مدنى و ٥٥٥ / ٦٧٩ مدنى و ٢٠٩٢ و ٢٠٩٣ فرنسى وهذا تطبيق لمبدأ الضمان العام ^(٨) المقرر للدائن على جميع أموال مدينه . فلذا لم يكف الثمن لايفاء الديون جميعها تحمل كل دائن جزءاً من اعسار مدينه . لذا يعمل الدائن وقت التعاقد أو بعده على تقرير حق عيني تبعى على مال مدينه إما بالرهن انخاص بالمقول أو بالامتياز أو بالرهن التأميني أو الحيازى أو بحق الاختصاص على عقارات المدين

(١) réparation pécuniaire (٢) droits réels accessoires (٣) nantissement (٤) privilège (٥) hypothèque (٦) insolvable (٧) au mare le franc أو au prorata (٨) gage général

لأجل أن يختص في كل الأحوال دون غيره من الدائنين بميزتين : أولاً ميزته
حق التفضيل ^(١) وهو أن يسبق بقية الدائنين في الحصول على دينه أولاً من الثمن
فإذا تبقى لهم شيء فلهم اقتسامه ، وثانيتهما حق التمتع ^(٢) . وهو حق متابعة المقار في أي
يد وصل إليها وحجزه حتى الوفاء بدينه . ولا ينتفع الدائن المادي ^(٣) بهاتين الميزتين .
٨٢ - الحقوق الفكرية : وهي حقوق المؤلفين والمثليين والمخترعين وحقوق
التجار وأهل المصانع على علامات المصنع ^(٤) . والرسوم ^(٥) . والمتعاملين مع المحل ^(٦)
أي العملاء . وحقوق حملة التصريحات من الحكومة أي أصحاب الامتيازات أو
الاحتكار في الانتفاع بحقوقهم هذه دون أي مزاحم لهم ^(٧)

٦ - في مال الإنسان

أو ثروته

٨٤ - يراد بمال الإنسان ^(٨) حالته المالية أي ما يملكه من الحقوق المقدرة
بالنقود ، أي ثروته وما يكون عليه من الديون ، أي الحقوق المالية على السوم سواء
وردت على ماله موجبة أو سالبة . فهي مجموعة من الحقوق المالية الموجبة والسالبة
أي ماله وما عليه من ديون مقدرة بالمال . وبذلك يخرج عن مال الإنسان الحقوق
المالية والحقوق العامة ^(٩) إلا إذا استحال إلى مال من طريق التمييز عند
المساس بها

ومال الإنسان كائن قانوني ^(١٠) قائم بذاته لا يتأثر في مجموعه ، وهو على هذا
الاعتبار ، بما يطرأ عليه من التقلبات والتغيرات إيجاباً أو سلباً ، مستقل بنفسه من
حيث وجوده ^(١١) . فإذا زاد ماله عما عليه أو زاد ما عليه عما له أو لم يبق أثر لحق أو
التزام . فإلّا من حيث هو كائن قانوني يعتبر في كل ذلك موجوداً . فلولود يوم
ولادته له حالة مالية وكل إنسان له حالة مالية

وما هي هذه الفائدة من اعتبار المال هذا كائناً قائماً بنفسه ووحدة ^(١٢) مستقلة

(١) droit de préférence (٢) droit de suite (٣) créancier chirographaire (٤) marques de fabrique (٥) desseins (٦) clientèle (٧) brevets (٨) une entité (٩) universalité juridique (١٠) droits publics (١١) patrimoine (١٢) unité

بناتها بدلاً من فصل ماله عمداً عليه ؟ في ذلك فإثنين : أولاً إن مال المدين بأصله وحدة مستقلة بنفسها فسر معنى المبدأ للقائل بأن الدائن حق الضمان العام على أموال المدين ، أى حق ينصب على ما وجد الآن وما سيوجد بعد . ثانياً . إن وحدة المال هذه ، فسرنا تفسيراً يينا قاعدة هامة ، وإذا ما أنه عند وفاة صاحب المال تقف حركة المال أى تتحدد حالته المالية فلا يقبل زيادة ولا نقصاً وينتقل ماله بما هو عليه إلى ورثته الشرعيين فيندمج في أموالهم الخاصة

ففي معنى الرائبين على مال المدين : حق الدائن ينشئ على جميع مفردات مال مدينه . والمدين ملزم باستخدام هذه المفردات في الوفاء . وحق الدائن هذا على مال مدينه يسمى بحق الضمان العام . ولكنه مع ذلك ليس حقاً عينياً لأنه ينشئ على كل مال المدين ويتحقق عليه عند ما يسر المدين فيجربى عليه الدائن التنفيذ . وعلى ذلك اذا خرج أحد مفرداته عنه قبل التنفيذ فلا ينشئ حق الضمان العام على ما خرج من المال . ولذا تصبح جميع التغيرات والتعديلات في مال المدين حجة على دائنيه . فالمدين حق بيع ملكه وهبته . وله حق تلك مفرداته أخرى وإلحاقها به . ويقال حينئذ عن مفردات المال بأنها قابلة للتغيير والتبديل ^(١) وأنها لا تستقر على حل واحدة . الا اذا عمل المدين بسوء نية وهو مدفوع بالدليس ^(٢) فيكون للدائنين الحق في مناقشته الحساب وإبطال تصرفاته واسترداد ما هرب به من ماله بواسطة دعوى الإبطال ^(٣) (المواد ١٤٣ / ٢٠٤ مدنى و ٥٥٦ / ٦٨٠ مدنى ١١٦٧ فرنسى

(٧) في انتقال المال عند وفاة صاميه : لا تنزل وحدة المال باعتباره مجموعاً موحداً أى كائناً قانونياً بوفاة صاحبه . بل تنتقل هذه لوحدة إلى الورثة وكان الرومان يعتبرون مال المتوفى ^(٤) من طريق الجز ^(٥) كأنه شخص معنوى ^(٦) قابل للزيادة في الحقوق والالتزامات بعد الوفاة وهو بلا صاحب وتزول التركة ^(٧) إلى أصحابها اما من طريق التورث الشرعى ^(٨) أو من طريق الإيصال ^(٩)

de cujus (٤) action paulienne (٢) fraude (٢) fongibles (١)
succession légitime (٨) hérédité (٧) personne morale (٦) fiction (٥)
succession testamentaire (٩) succession ab intestat (١)

المقود

كلمة عامة

٨٥ - الالتزام ينشأ إما عن اتفاق أو عن فعل أو عن نص في القانون (المادة ٩٣/١٤٨ مدني) وعلى ذلك تكون مصادر الالتزام ثلاثة . وقد أفرز القانون الباب الثاني للمصدر الاول (في التعهدات المترتبة على توافق المتعاقدين) - ويريد الشارع بكلمة التوافق الاتفاق - وأفرغه في المواد ١٢٨/١٨٨ - ١٤٣/٢٠٤ مدني وخصص القانون الباب الثالث للمصدر الثاني (في التعهدات المترتبة على الأفعال) وقرر لها المواد ١٤٤ - ١٥٣/٢٠٥ - ٢١٥ مدني . ثم أوقف الشارع الباب الرابع على المصدر الثالث (في الالتزامات التي يوجبها القانون) وخصص لها المواد ١٥٤ - ١٥٧/٢١٦ - ٢٢٠ مدني

٨٦ - والمقد ^(١) أو الاتفاق ^(٢) هو اتحاد شخصين أو جملة اشخاص على تقرير نتائج قانونية . ويرمي الماقدان بالتعاقد اما الى تقرير أو قتل حق عيني أو تقرير التزامات متنوعة ، وإما الى تعديل حالة قانونية سابقة ، واما الى انقضاء هذه الحالة القانونية السابقة . وتقول المادة ١١٠١ مدني فرنسي : « بان المقد هو اتفاق » وهذا التعبير يشير بان الشارع الفرنسي يميز بين المقد والاتفاق بأن جعل الاتفاق جنساً ^(٣) وجعل المقد نوعاً ^(٤) . وقد جرت عادة الكتابيين على اعتبار المقد اتفاقاً الفرض منه تقرير أو قتل حق سواء كان الحق حق دنيئياً ^(٥) أو حقاً عينياً كما قال بذلك بوتييه . واما الاتفاق فلا يعتبر عقداً ، اما الفرض منه تعديل ^(٦) او انقضاء ^(٧) الحقوق كاستبدال الدين والوفاء . وهذه التفرقة بين المقد والاتفاق تفرقة لفظية ترجع لاصل الكلمات ومصادرها ذلك لان الاحكام القانونية تنمشی في الحقيقة على المقد والاتفاق معاً . ونجری عادة الشارع ان يستعمل أحياناً الواحدة منهما بدلا من الاخرى ^(٨)

(١) contrat (٢) convention قول الاتفاق ولم قل التوافق كما قال الشارع خطأ لان التوافق منزه عدم الاتفاق بالآخذ ورد بين المتعاقدين ، أما منزه مطابقة الاغراض ومشبهة لتقاصد بطريق الصدفة ، الامر الذي يحكى توارد الخواطر . ووردت كلمة التوافق بمعناها الصحيح بالمادة ٢٠٧ عقولت (٣) genre (٤) espèce (٥) droit de créance (٦) modifier (٧) étendre (٨) كاجل ج ٢ - ٢٤٧

في مبدأ حرية التعاقد

٨٧ - روح التعاقد حرية ارادة المتعاقدين . والعقد شريعة المتعاقدين (المادة ١١٣٤ مدنى فرنسى) اذ لها حق المناقشة والجدل فيما يتفقان عليه . ومتى تم الاتفاق اصبح العقد حجة على الطرفين وعلى ذلك فحرية التعاقد هى التى تملى على الطرفين قانون العقد انما يقف فى سبيل حرية التعاقد حوائل وموانع ترجع للمنفعة العامة والنظام العام بما يقرره الشارع فيها من الاحكام الآمرة ^(١) اذ فى هذه الحالة لا تملك حرية التعاقد شيئاً ازاء هذه الاحكام الآمرة .

واذا كانت حرية التعاقد هى على كل حال قوام العقود وهى التى تقرر قواعد العقد وأصوله وأحكامه الا أن هناك اعتبارات من شأنها أن تنشوء هذه الحرية وتجعل أحد العاقدين غير متمتع بها تمام التمتع . ويلاحظ ذلك فى حالتين

(١) يحصل أن تصح حرية التعاقد فى بعض العقود حرية ظاهرية أكثر منها حقيقية . ذلك لأن العاقدين فى أغلب الأحوال لا ينصون فى العقد الا على بعض النتائج القانونية للعقد . وأما البعض الآخر من هذه النتائج القانونية وهو فى الغالب نتائج ثانوية فاتهم يسكتون عنه ، وفى هذه الحالة يرجع فى تقرير هذه النتائج الى أحكام القانون وما قرره فى هذا الشأن وهى الأحكام المسماة بالاحكام التكميلية أو التسمية ^(٢) . ويرجع الشارع فى تقريرها الى الخبرة العملية فى الأزمان السابقة وما استقر عليه العمل لدى الافراد فى أزمان طويلة قد مضت

(٢) وان كان العاقدون فى الأصل أحراراً فيما يتعاقدون عليه الا أن هناك أحوالاً لا يملك بعضهم حرية التعاقد كاملة فيها . ذلك لانه يحصل فى الغالب أن أحد العاقدين هو الذى يملى على الآخر شروط العقد أى قانون العقد . كما يحصل فى حالة القرض والبيع . اذ فى القرض يملى المقرض شروط القرض . وفى البيع يملى المشتري شروط البيع . ويحصل أن تشل حرية التعاقد لدى أحد العاقدين الى حد لا يملك فيه تمام حرية التعاقد . ويقع ذلك فى حالة عقد التأمين بتأتمليه شركات التأمين على المؤمن لهم من

شروط عديدة مقيدة . وكذلك الحال في عقد العمل ^(١) بما يتشد فيه رب العمل مع عامله ، وشركات النور والماء ، وهي الشركات التي تقوم بأداء بعض المصالح العامة للبلد ^(٢)

٨٨ - وهناك نوع آخر من هذه العقود التي لا يملك فيها أحد العاقدين حرية التعاقد تماماً وهي العقود المسماة بعقود الانضمام ^(٣) حيث لا يملك العاقد المنضم حرية المناقشة في الشروط المروضة عليه ، الأمر الذي جعل البعض يقول بأنه لا يصح تسمية عقود الانضمام بالعقود نظراً لارتفاع حرية التعاقد عن العاقد المنضم . ولكن يلاحظ البعض الآخر انه من المحتم مع ذلك تسمية عقود الانضمام بالعقود لأن العاقد المنضم حر في الانضمام أو عدم الانضمام طبقاً لما يراه ولما يحكم به هو بنفسه . إذا يجوز له عدم الأخذ بالشروط المروضة عليه في جعلها . فإذا لم يرفضها دل ذلك على أنه رضى بها مختاراً وهو منصف بتمام حرية التعاقد . ويلاحظ أنه إذا قيل بعدم اعتبار عقد الانضمام عقداً قانونياً منتجاً لثبوت على حصوله إشكالات كبرى يصعب التخلص منها . ويرى أنصار هذا الرأي القائل بعدم اعتبار هذه العقود في عداد العقود القانونية طريق العقد على القضاء لتقرير عدم التزام العاقد المنضم ، أو عبارة أخرى لتقدير هذا الالتزام تقديرأ يرجع لما اكتنفه من الظروف التي شوهت لدى العاقد حرية التعاقد . الا أنه ربما يخشى من الأخذ بهذا الرأي المساس بالقوة القانونية للعقد وتمطيل آثاره القانونية . ولذا يفتى البعض ^(٤) انه يحسن معالجة هذه الحال بالاستمانة بالشارع نفسه بدلاً من الرجوع الى القاضي : كأن يقرر الشارع قواعد وأصولاً شديدة تحول دون تمكين العاقد اقوى من ائلاء شروط قاسية ومجحفة ^(٥) بالعاقد الآخر ، وهي القواعد المسماة بالاحكام الآمرة التي مر ذكرها وأن يمنع استمانة القوى بالشروط الخطرة بالعاقد الضعيف . وأن يضع أحكاماً لا يجوز مخالفتها . أى ان الشارع يتدخل في الامر من الوجبة العامة ويقيد حرية التعاقد لدى القوى حماية للضعيف

(١) contrat de travail (٢) service public — كاتان ٢٥٧ — ٢٥٩
(٣) contrat d'adhésion بلايول ج ٢ من ٢٢٦ ن ١٧٢ الطبعة السابعة سنة ١٩٧
(٤) كولين وكاتان ج ٢ من ٢٥٩ (٥) conditions léonines

في منايات العقود ومطاز وجودها

٨٩ - تنمو العقود وتمكثر في المجال الخاص بالحقوق المتعلقة بالمال^(١) لأن أغلب الروابط المالية التي تقع بين الافراد انما ترجع الى الاتفاقات المعقودة بينهم . ونظير هذه العقود أيضا في المجالات الخاصة بالحقوق العائلية^(٢) كمقعد الزواج^(٣) والمشارطات المالية الحاصلة بين الزوجين^(٤) . ولكن يلاحظ في هذه العقود الاخيرة ان حرية التعاقد مقيدة بقيود شرعية حتمها الشارع^(٥) ولذا قال بعض المفسرين بعدم انطباق كلمة العقد على هذه الروابط العائلية لان عقد الزواج مثلا لا يمكن تشبيهه بمقد خاص بمال الانسان ولكن مما لا شك فيه ان مشارطات الزواج عقود مالية بمحة ولكنها مقيدة بقيود خاصة بحسب قوانين الاحوال الشخصية التي تحكمها

هذا ويلاحظ ان التعاقد بشأن الحقوق الخاصة بالاموال^(٦) ليس من الخرية في الاطلاق كالتعاقد بشأن حقوق الدائنية^(٧) لان الماقدن لا يملكون حق تعديل نظام الملكية العقارية^(٨) ولا يستطيعون تقرير حقوق عينية أخرى خلاف الحقوق العينية المقررة بالقانون

ويحصل ان العقد قد يند الى حد تنهب معه حرية التعاقد . لان الشركات أو الجمينات لا تستطيع السير في أعمالها الا اذا خضعت الأقلية لحكم الاغلبية اذ من المتعذر الحصول على رأى باتحاد آراء الكل . وبرجع في تقرير أحكام الاغلبية لما الى القانون نفسه واما الى قانون الشركات نفسها

٩٠ - حكم الاغلبية سائر على الأقلية في أحوال لم يرتبط فيها بعض الافراد برابط شركة وجمعية . ويحصل ذلك في حالتين :

(١) في حالة الافلاس^(٩) وتصلح الدائنين مع مدينهم^(١٠) اذ بقرار الاغلبية

(١) Droit du patrimoine (٢) Droit de famille (٣) acte de mariage (٤) contrat de mariage (٥) انظر قانون ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٣ رقم ٥٦ الخاص بتجديد من الزواج وجعله ١٦ سنة للزوجة و ١٨ سنة للزوج وبخصوص المشارطات المالية في الزواج وما يصح الاتفاق عليها فم لوما لا يصح في الشرائع المختلفة راجع كتاب الدول الخاص الدكتور ابو حيف بك بند ٢٧٧ وما بعده (٦) Droit des biens (٧) droit de créance (٨) propriété (٩) faillite (١٠) concordat

بمضخ المائتون لتحويل جز من الدين^(١) وترك الباقي (المادة ٣١٧/ ٣٢٧ تجارى و ٥٠٧ فرعى) على أن قرار الأغلبية هذا خاضع أيضا لموافقة المحكمة^(٢)

٢) والحالة الثانية خاصة بالقانون الفرنسى . وذلك أنه اذا دعت الحالة الى القيام بأعمال هامة ذات منفعة عامة لجهة من الجهات فيما يتعلق بتحسين أو حماية الملكية العقارية جاز لأغلبية الملاك أن يكرهوا الآخرين على ضرورة قبول تشكيل جمعية أو نقابة^(٣) للدفاع عن هذه المصالح وتقرير مآثرها صالح^(٤) وربما كانت كلمة عقد لا يصح الأخذ بها في هذه الحالة

في تقسيم العقود

٩١ - تنقسم العقود الى ثلاثة أقسام : (١) عقود تبرع^(٥) (أو تبرع بين الأحياء^(٦)) وعقود بلامقابل^(٧) وعقود بموض^(٨) (٢) وعقود تبادلية^(٩) وعقود ذات طرف واحد^(١٠) (٣) وعقود رضائية^(١١) وعقود عينية^(١٢) وعقود ذات قيود شكلية^(١٣)

عقود التبرع وبلامقابل وبموض

٩٢ - عقد التبرع هو اتفاق بين طرفين يرضى أحدهما بتقص ماله لآخره الآخر وهو مدفوع في ذلك بموافقة الاحسان^(١٤) وهناك نوعان من عقود التبرع عقد الهبة بين الأحياء^(١٥) والوصية أو تعيين الوصى^(١٦) ولا يتحقق هذا الأخير الا عند وفاة الموصى .

والعقد بلامقابل هو ما كان مدفوعا فيه أحد الطرفين بموافقة اتمامه بخدمة للمنفعة الآخر وهو لا ينقص من ماله شيئا إنما يأخذ مقابلا نظير ما يؤديه أو ما يتعهد به

(١) quote-part (٢) homologation . - بلانيل ج ٢ ص ٣١٧ ن ٤٦٦ المواد ٢٠٥ الى ٢٠٩ تجارى مخطط و ٢١٥ / ٣٢٥ تجارى وما يسما (٣) association syndicale (٤) كولن وكاتان ج ٢ ص ٢٦٠ (٥) contrat à titre gratuit (٦) libéralité entre vifs (٧) contrat désintéressé (٨) contrat unilatéral (٩) contrat synallagmatique (١٠) contrat consensuel (١١) donation entre vifs (١٢) bienfaisance (١٣) solennel (١٤) réel (١٥) institution contractuelle (١٦)

ككلية الاستعمال^(١) المادة ٤٦٤/٥٦٥ مدني ١٨٧٥ فرنسي، والقرض بلا فائدة (المادة ٤٦٥/٥٦٥ مدني ١٨٩٢ فرنسي) والوديعة (المادة ٤٨٣/٥٩٠ مدني ١٩١٥ و ١٩١٧ فرنسي) والكفالة بلا مقابل^(٢) (المادة ٤٩٥/٦٠٤ مدني ٢٠١١ فرنسي)

والعقد بعوض، وهو أكثر الأنواع شيوعاً في المعاملات بين الأفراد، هو ما يرى فيه كل من الماقدين إلى مصلحة شخصية نظير ما أفاد به الماقد الآخر كالبيع والايجار. وورد تعريف هذا النوع بالمادة ١١٠٦ مدني فرنسي، وهو التعريف الذي ينطبق على العقد التبادلي ولا ينطبق على العقد ذي الطرف الواحد كقرض النقود

٩٣ - والفائدة التي تعود من تقسيم العقود إلى عقود بلا مقابل وعقود بعوض هي ما يأتي :

(١) يتردد الشارحون من زمن أنب المؤاخنة على الخطأ في العقود بلا مقابل أقل درجة من المؤاخنة على الخطأ في العقود بعوض. (المواد ٤٦٨/٥٦٩ و ٤٨٢/٥٩٠ و ٥٢١/٦٣٨ مدني والمواد ١٨٨٢ و ١٩٢٧ و ١٩٩٢ فرنسي)

(٢) يراعى في العقود بلا مقابل أنها معتمدة لأشخاص معينين^(٣) أي تراعى شخصية المقود معه. فإذا وقع غلط في شخصية هذا الأخير جاز لمن أراد تادية خدمة له فسخ العقد. ويقع ذلك أحياناً في العقود بعوض اذ يعول في البعض منها على شخصية المقود معه أيضاً كالتعاقد مع ممثل معروف^(٤)

(٣) دعوى الإبطال أسهل في عقد التبرع منها في عقود الموض

(٤) التبرع لا يلحظ في العقود التجارية^(٥)

في العقود التبادلية وذات الطرف الواحد^(٦)

٩٤ - هذه أهم العقود وأكثرها ذبوعاً في المعاملات وفيها يتنحل

(١) commodat أي prêt à usage (٢) cautionnement non rémunéré (٣) intuitu personae (٤) كإتاف من ٢٦٢ (٥) بلا نيول من ٣٢١ و ٩٥٣ (٦) و

(٦) وكلمة synallagmatique تعيد المقدم acte. وهذا تكرار في التبيين لمنى واحد في الكلمة الواحدة tautologie

(٧) (٨)

كل من طرفي العقد بالتزامات خاصة (المادة ١١٠٢ فرنسي) كبيع والايجار والبدل والتركة

والمقد ذو الطرف الواحد هو ما التزم فيه أحد طرفيه دون الآخر (المادة ١١٠٣ فرنسي) كإيجارة الاستعمال وقرض النقود بفائدة أو بغير فائدة والوديعة والوكالة والكفالة (على شرط أن تكون هذه العقود الثلاثة الأخيرة بلا مقابل)

٩٥ - ولهذا التقسيم فوائد هامة وهي :

(١) في العقود التبادلية يعتبر التزام كل من الطرفين سبباً^(١) للالتزام الآخر أي سنده القانوني^(٢) وعليه يترتب أنه إذا لم يف أحد العاقدين بما التزم به فلا يلزم الآخر بالوفاء بما التزم به

(٢) أن نظرية الملاك^(٣) لا يؤخذ بها ولا يرجع إليها إلا في حالة العقود التبادلية لأنه إذا هلك الشيء موضوع العقد وجب معرنة من من العاقدين يتحمل الملاك ومن منها أيضاً يكره أو لا يكره على الوفاء بالتزامه مع انقضاء التزام الآخر . أما في العقود ذات الطرف الواحد فالملاك على الدائن كالمودع أو صاحب العارية

(٣) يقضى القانون الفرنسي بعمل صور من العقود التبادلية بقدر عدد أصحاب المصلحة في العقد (المادة ١٣٢٥ و ١٣٢٦ فرنسي)^(٤) ولم يأخذ القانون المصري بهذه القاعدة بل رجع في تقرير وحدة العقد التبادلي الى حكم الشريعة الاسلامية

في العقود التبادلية الناقصة^(٥) . يحصل أن بعض العقود ذات الطرف الواحد تصبح عقوداً تبادلية إذا اشتغلت ذمة الدائن بالتزام عند ما يصرف المودع لديه أو الأمين أو الدائن المرتن مصاريف في سبيل المحافظة على الشيء . لذا يسمى العقد ذي الطرف الواحد في هذه الحالة عقداً تبادلياً ناقصاً . ولا يمتنع التزام الدائن ناشئاً عن العقد ذي الطرف الواحد بل هو ناشئ عن عمل وقع فيما بعد إذ كان من الممكن والمحتمل أن لا يقع

(١) cause (٢) support juridique وهذا الدفع يسمى exception non adimpleti

contractus ويجوز للاخر طلب فسخ العقد (للإدلاء ١١٨٤ فرنسي) (٣) risque

(٤) كإيدان من ٢٦٢ - ٢٦٣ . بلايول من ١٣١٨ - ٣٢٠ - ٩٤٨ - ٩٥٠ (٥) contrat

synallagmatic imparfait

في العقود الرضائية والعينية وذات الاوضاع الشكلية

٩٦ - تختلف هذه العقود عما تقدمها لا من حيث أصولها الجوهرية فحسب بل من حيث الشروط الشكلية أيضاً

فالعقود الرضائية لا يشترط في تكوينها شرط شكلي مالا نه بمجرد تبادل الرضاء أى الإيجاب والقبول بأى طريقة ما تتمتع هذه العقود . وأما العقود ذات الاوضاع الشكلية ^(١) ومنها العقود الرسمية ^(٢) فهي على العكس من ذلك خاضعة لقيود شكلية ^(٣) أى يجب أن تحرر بمعرفة مأمور رسمي . ومن هذه العقود عقد الهبة وعقد الرهن التأميني وعقد نقل التأمينات والكفالات في حالة الاستبدال (المادة ٢٥٥/١٩١ مدنى) ^(٤)

٩٧ - والعقود العينية هي عقود رضائية لانها لا تخضع لاي قيد شكلي وانما يلاحظ فيها بأنه لا بد في تكوينها من ضرورة تسليم شئ من أحد العاقدين الى الآخر . وهذه العقود أربعة عارية الاستعمال ^(٥) وعارية الاستهلاك ^(٦) والوديعة ^(٧) والرهن الحيازى ^(٨) ولا تظهر التزامات المقرض والأمين والمرتهن بالحيازة ^(٩) الا اذا استلموا الشئ المقرض والمودع والمرتهن لان ذلك طبيعى في هذه العقود . نعم وان كان الوعد بالقرض ، وعلى الاخص بفتح اعتماد ^(١٠) ، والوعد بالرهن وباستلام شئ أمانة ، وان كان الوعد في هذه الاحوال يعتبر في ذاته عقداً ذا طرف واحد وصحیحاً الا أنه وعدم مستقل ومتميز عن القرض أو الرهن أو الوديعة . وتعتبر مثل هذه الوعود بالنسبة لهذه العقود الأخيرة عقوداً تمهيدية ^(١١) يلتزم بها الواعد بتنفيذ وعده ويحل محلها فيما بعد ، وعند التنفيذ ، عقود القرض والرهن والوديعة ، ومن ذلك الوقت تظهر التزامات المقرض والمرتهن والمودع لديه اذ يلزمون بالمحافظة على الشئ المسلم لهم أثناء وجوده تحت أيديهم ^(١٢)

(١) contrats solennels (٢) authentiques (٣) forme notariée (٤) كاتبات
من ٢٦٢ وما بعدها . - بلاتول من ٣٢١ ن ٩٩٧ (٥) commodat أو prêt à usage
(٦) prêt de consommation أو mutuum (٧) dépôt (٨) gage (٩) gage
(١٠) ouverture de crédit (١١) des avant-contrats (١٢) كاتبات من ٢٦٤
بلاتول من ٣٢٢ ن ٩٩٥ و ٩٩٦

٩٨ - الرضاء في العقود في الشرع الحاضرة : أن المقد في الوقت الحاضر ينقسم بمجرد النقاء ارادتي الماقدبن واتخاذ طرفي المقد دون أن يخضع اتحادهما الى أى قيد من القيود الشكلية . وحرية التعاقد هذه ، وهى التى لا تخضع لاي قيد شكلى ، هى من أخص أوصاف الشرائع الحاضرة . لان الاوضاع الشكلية ^(١) أى اقيود الخارجية فى تشخيص الارادة و ابرازها الى علم المحس لا تتفق الآن مع نمو الحركة الاقتصادية المحلية والعالمية . اذ كيف يمكن للتاجر فى البورصة مثلاً أن يبيع البضائع والأوراق أو يشتريها أمام مأمور رسمي وقيود خاصة أو يستلم الشخص مبلغاً من البنك أمام موثق . على أن لأوضاع الشكلية أثراً ظاهراً الآن بمصر عقب العمل بقانون التسجيل الصادر فى ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ رقى ١٩ و ١٨ وسبباً فى القول عنه فى مكانه

٩٩ - الرضاء في العقود عند الرومان : (٢) ظل الرومان ردحاً طويلاً من الزمن يمانون من القيود الشكلية فى عصورهم ما عاتوا اذ كانوا لا يقررون أثراً قانونياً ملزماً للعقد الا اذا أفرغ المقد فى قالب شكلى معين مرسوم من قبل . وكان القلب العام الشائع لجميع العقود هو المشاركة الشكلية ^(٣) وما كانت معروفة به من جهل خاصة تقال على شكل سؤال وجواب بشكل دقيق ونظام معين فكان اذا اتفق الماقدان على عقد فلا ينقسم المقد بينهما بمجرد الاتفاق عليه بل كان لابد من افراغه فى قالب المشاركة الشكلية لتكون كساء له واتصفت به بصيغة قانونية ملزمة ذات أثر قانونى ملزم

١٠٠ - وكان لهذه القيود والأوضاع الشكلية منافع ومضار . أما منافعها فهى أن من شأن هذه المظاهر الشكلية أن تقطع خط الرجمة على كل من يتناول المقد بالطن فيه بالابهام والغموض . وكانت الدلائل القاطع على وجود العقد . فكانت على ذلك أداة اثبات للعقد لا تقبل طعنأما . وأما مضارها فكان لا بد فى صحة انعقادها قانوناً من وجود الماقدبن معاً وجهاً لوجه . وينتج غالباً من التقيد بالانضاط الرسمية المعينة حرمان الماقدبن من مزية المرونة فى العقود . وكانت تضر

هذه القيود بالدائن والمدين ، فالدائن لا يطالب الا بقدر ما دلت عليه هذه الالفاظ بلا زيادة ، والمدين لا يستطيع الافلات مما تمت عليه هذه الالفاظ وبذا لا يملك الطعن في صحة العقد . اذ بمجرد حصول الاجابة الصادرة منه على السؤال الموجه اليه من دائنه يحق عليه الالتزام ويلزمه تنفيذه فلا يستطيع بعد ذلك العذل على تعطيل التنفيذ . وربما يلاحظ أن مثل هذه العيوب لم تكن بهذه الشدة التي نراها بها الآن ، لانها عرفت في الوقت الذي كان فيه الرومان دلي شغل من العيش ولم يخطوا بعد في سبيل المدنية ، حيث كان رب الاسرة يكفي أسرته في قضاء حوائجها الماشية ولم يكن في حاجة كبرى الى التعاقد مع الآخرين بطريقة مستمرة^(١)

ولكن لما تقدم الرومان في طريق المدنية ضايقهم هذه القيود وعلى الاخص عند ما اتصلوا بالشعوب الاخرى بروابط التجارة . ولما جاء عصر الجمهورية خففوا كثيراً من وطأة هذه القيود ومن أوجه الشدة التي كانوا يفسرون بها العقود وقرروا الاعتراف بالآثر القانوني لمجرد تبادل الرضاء من طرفي العقد وقد استأنوا في ذلك بالعقود العينية التي لا بد فيها من نقل الشيء من يد الى يد ، مع ملاحظة ان نقل الشيء من يد الى يد لم يخرج عن كونه هو الآخر مظهرأ من مظاهر الاوضاع الشكلية للعقد . ولكن لازالوا يسرون في طريق الاخذ بمجرد الرضاء دون الاوضاع الشكلية فقرروا صحة العقد بمجرد تبادل الرضاء في البيع والايجار والوكالة والشركة وهي أكثر العقود ذمراً في مجال المعاملات . ثم ذهب الرومان بعيداً أيضاً في هذا السبيل وتوسموا في هذا الاستثناء اما بواسطة البريتور^(٢) واما في عهد القانون الامبراطوري^(٣) . وأخيراً أخذوا بنظرية العقود غير المسماة^(٤) وهي العقود التي لا تخضع لاي قيد شكلي ، ولكنها تعتبر نافذة على طرفيها بمجرد قيام أحد العاقدين بتنفيذ ما التزم به . على انه مهما تقدم الرومان في هذا السبيل فاقهم كانوا يعتبرون دائماً ان العقود الرضائية هي عقود استثنائية أي انهم لا يقررون العقود العارية

(١) جيار في القانون الروماني الطبية السادسة من ٤٤٣ . - راجع مذكراتنا في لقائنا

الروماني سنة ١٩٢٢ - ١٩٢٣ (٢) préteur (٣) Droit impérial (٤) contrats

التي لا تخضع للقيود القانونية ، ولا يعترفون لها بأداة الدعوى المنفذة لها ^(١) . وكما أريد تقرير أثر قانوني للمقدد خلاف العقود التي أشرنا إليها فإنه كان من الواجب الاستعانة بالمشاركة الشكلية ^(٢) . على أن الرومان في عصر العهد الأول للإمبراطورية الرومانية قرروا بأنه إذا حرر سند كتابي بالتعاقد (وكانت المادة جارية بذلك في ذلك العهد) فإن هذا السند يكون ملزماً قانوناً إذا ورد به ما يفيد حصول القيود الشكلية المقررة للمشاركة الكلامية من السؤال والجواب عليه . لأن مجرد ورود ذلك بالسند يفيد أن المشاركة وقعت فعلاً وقانوناً بقيودها الخاصة بها . وعلى ذلك أخذت المشاركة تنزل هي الأخرى من عالم الوجود القانوني وأخذ السند التحريري يحمل محلها ، لا باعتباره أداة إثبات فحسب ، بل باعتباره العنصر الشكلي الضروري في تكوين العقد .

١٠١ - الرضاء في العقود بعد الرومان ^(٣) ظهرت أمارات التيسود الشكلية في القرون الوسطى وهي أقيود الخاصة بقوانين القبائل الفاتحة ^(٤) وهي تختلف عن القيود الرومانية كثيراً . وأخذت قيود القبائل تنزل شيئاً فشيئاً تحت تأثير القانون الروماني الذي أخذ في الظهور من جديد وتحت تأثير قوانين الكنيسة أي التشريع الديني ^(٥) وذلك في أوائل القرن الثالث . وكان العامل الأول في ذلك رواج المعاملات ونمو الحركة الاقتصادية بما ينشأ عن هذا كله حتماً من ضرورة تحرير المعاملات مما يعطلها ويحول دون رواج التعامل التجاري

١٠٢ - وأما تخفيف تلك القيود فقد حصل بواسطة تبسيط الإجراءات التي كان من الضروري الأخذ بها وقت انعقاد العقد وبواسطة استخدام اليمين في المجالات القانونية

١ - « تبسيط الإجراءات » : كانت الإجراءات ^(٦) المعروفة في ذلك العهد العربيون ووضعت اليد في اليد

(١) - « العربونة » ^(٧) كان للعربون دور هام في البيع والايجار وبعض

(١) وقاعدتهم ألا تنشأ الدعوى عن مجرد التعاقد ex nudo pacto actio non nascitur (٢)

stipulation (٣) دمج ج ٨١ - ١٠٤ - ٢٢ - ٢٣ (٤) lois barbares (٥)

les arrhes (٦) formalités (٧) Droit canonique

المقود المشابهة لها . وكان العربون امانة على ان العاقدين قد ارتبطا ازاله بمضيه البعض بطريقة نهائية .

(٢) - وضع البند في البند^(١) . كان المتعاقدان اذا ما اتفقا مبدئياً على العقد يضع كل منهما يده في يد الآخر امانة على أن الواحد منهما أصبح متصلاً بالآخر وتابعا له وبهذا القيد يقيد المدين ويصبح تحت سلطان دائنه ويعتبر كأنه رهن لديه (٣) - استمر اسم "يمين" . قرر التشريع الديني الاستمارة باليمين أى القسم بالتمهيد أمام الله أولاً وبولقاء بالالتزام للدائن ثانياً . وترفع دعوى المطالبة بولقاء بالالتزام أمام محاكم الكنيسة . ويمكن اليمين المشاركة الرومانية في انه هو الآخر عقد ذو طرف واحد وخاضع للاوضاع الشكلية وانه صحيح ونفذ حتى ولو لم يكن له سبب يستند اليه . وكانت اليمين كالمشاركة أيضاً في انها قلب علم تفرغ فيه المقود على اختلاف أنواعها وكان يستعان باليمين إما في تأييد أو في تمديد التزام سابق أو في تقرير التزام جديد . وكان التمهيد المصحوب باليمين خير قابل للقوط بتضي المدة ولا يجوز الطعن فيه الا بالنش^(٢) وكان التمهيد هذا نهائياً لمجرد صدوره مصحوباً باليمين وقاطماً حتى ولو كان مخالفاً لاحكام القانون المدني أو القانون الديني . أما أثر التمهيد هذا فهو محصور ضمن تعهد فقط دون ودرته . ولما شاع الاخذ به في مجال المعاملات استعان به الناس كادة في الاستيثاق من بعضهم البعض وبذا حفت آثار محظورات كثيرة كانت مقررة من قبل

وفوق ذلك فإن رجال القانون الديني^(٣) أخذوا يعملون جهدهم للاقرار بالانحراف اللازمى للاتفاقات المجردة عن القيود^(٤) حتى ولو كانت غير مصحوبة باليمين وقرروا في ذلك بان من لم يف بهمه فقد كذب وعلى ذلك فقد ارتكب اتما^(٥) وبهذه الوسيلة استطاع المشترون الدينيون قطع الخطوة الاخيرة التي لم تطعمها الرومان في سبيل تقرير الاثر اللازمى للاتفاقات المجردة^(٦) . وعلى ذلك أخذ الناس يصرفون النظر عما كان قد اتبعوه من قبل من القيود الشكلية القديمة مثل دفع

(١) la paumée (٢) serment (٣) les canonistes (٤) dol (٥) pactes
pacta nuda (٦) péché

مبلغ قرباناً لله ^(١) ووضه اليد في اليد ^(٢) وحتى تحرير سند بالاتفاق واكتفوا بمجرد حصول الكلام من الطرفين

١٠٣ — ولكن لم تنقرر النظرية المصرية في تحرير الاتفاق من القيود الشككية تقريراً نهائياً إلا في أواخر القرن الخامس عشر وقد بدأت اماراتها تظهر ابتداء من القرن الثالث عشر بما أثبتته « بوماتوار » ^(٣) في موجزاته ^(٤) ولكن لم يكن لهذه الاحكام الموجزة من الأثر القانوني بقدر ما تنقرر فيها بعد في أوائل القرن السابع عشر على لسان لويزل ^(٥) حيث ورد بمؤلفه انخاص بالمادات ^(٦) ما يأتي : « ترتبط الثيران من قرونها والرجال بأقوالهم » ^(٧)

١٠٤ — ١٠٥ في بحث القيود الشككية في الالتزامات الحاضرة : (٧) يظهر أن القيود الشككية أمر لا بد منه باعتبارها ضرورة اجتماعية سواء كان ذلك في الزمن الماضي أو الحاضر . وهذه القيود الشككية إما يرمى إليها الشارع لاجل اثبات التعاقد ولأجل تقييد القاعدة القائلة بحرية التعاقد وتحريره من كل مظهر شكلي ^(٨) .
فهم ولو أن هناك فرقاً بين الشكل ^(٩) والاثبات ^(١٠) من الوجهة النظرية ، البحتة إذ الشكل في ذاته عنصر جوهري للعقد وبدونه لا يحيا العقد حياة قانونية ، وأما الاثبات فانه لا يتصل بالحياة القانونية للعقد ، ولكن ان صح هذا نظرياً فانه غير صحيح عملياً ، إذ تزول هذه الفروق بين الشكل والاثبات وينتجان في النهاية نتيجة واحدة ويكاد يرتفع الاثبات الى مرتبة الشكل ويسامته في نتائجها القانونية . ذلك لان الاثبات يستحيل في النهاية من حيث القوة القانونية الى الشكل . فاذا كان الشكل في العقد أثر قانوني من حيث الوجود القانوني للعقد ، فكذلك الاثبات أيضاً .
لانه اذا زال القيد الشكلي عن العقد فانه ينقص منه طبعاً أحد أركانه المكونة له فلا يوجد العقد ، فكذلك الحال أيضاً بالنسبة للاثبات لانه اذا زالت أداة الاثبات

(١) denier à Dieu (٢) paumée (٣) Beaumanoire (٤) toutes convenances sont à tenir وقوله (٥) Loysel (٦) Institutes coutumières (٧) On lie les bœufs par les cor- (٨) le seul ou solus consensus obligat (٩) nes et les hommes par les paroles (١٠) preuve forme consentement oblige

صعيف يمكن اثبات العقد ؟ ألمت ترى أن الالتزام لا يحيا الحياة القانونية إلا في ظل الاثبات ؟ فإذا امتنع اثبات عفا أثر الالتزام أيضاً من الوجهة القانونية ، لأن الدائن لا يستطيع الاستفادة من حقه إلا إذا أثبتته . وإذا عجز فليس له حق من الوجهة القانونية . وعلى ذلك تكون المادة ٢١٥/٢٨٠ مدني من أكبر مظاهر القيود الشكلية في المصور الحاضرة . إذ لا يثبت العقد قانوناً بمقتضاها إذا زادت قيمته عن عشرة جنيهات إلا بالكتابة . وعليه فمجرد الاتفاق لا ينتج النتيجة القانونية عند الانكار بل لا بد من السند . وبذا تكون قاعدة « الرضاء ملزم وحده » ^(١) غير نافذة المفعول . وما القول في شأن اقية والرهن التأميني واستبدال الدين ؟ ألمت هذه العقود هي الأخرى قيود شكلية لا ينعقد العقد فيها قانوناً بغير مراعاة القيود المقررة حتى ولو اعترف أصحاب الشأن بالالتزام ؟ ألمت هذه القيود هي هي بمنها من حيث القوة القانونية والأثر القانوني نفس القيود الرومانية سواء بسواء ، وما القول أخيراً في قانون التسجيل الصادر في ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ — ألم يقض على أثر الارادة في نقل الحقوق العينية المعارية إذا لم تكن العقود مسجلة ؟

العقود المؤكدة والعقود الاحتمالية

١٠٦ - فرقت المادة ١١٠٤ مدني فرنسي بين العقد المؤكد ^(٢) والعقد الاحتمالي ^(٣) فالعقد المؤكد هو ^(٤) العقد الذي يستطيع فيه الماقدان معرفة مبلغ التزامها ومقدار ما يتحمل كل منهما بنصيبه فيها وقت انعقاد العقد . وأما العقد الاحتمالي (المادة ١٩٦٤ مدني فرنسي) فهو العقد الذي لا يستطيع فيه الماقدان وقت انعقاد العقد لا كلامهما ولا أحدهما معرفة مبلغ الفوائد أو الاضرار التي تعود منه لأن نفاذه معقود بحدث غير محقق ^(٥) مثل عقد المراهنة ^(٦) والعقد الذي يتنازل فيه أحد الماقدنين للآخر عن مبلغ من النقود نظير قيام هذا الآخر بدفع مرتب مقرر طول حياة المتنازل ^(٧) ومثل العقد الاحتمالي ، عقد التأمين أيضاً

(١) solus consensus obligat (٢) contrat commutatif (٣) contrat aléatoire

(٤) لا كما عرفته المادة ١١٠٤ لأن ترضيها له ينصب بطريقة عامة على العقود التبادلية

(٥) événement incertain (٦) pari (٧) rente viagère

وقد انتقد الشارحون المادة ١٩٦٤ اذ لاحظوا عليها انها جلت النتائج الاحتمالية للمقد من جانب أحد الماقدين دون الجانب الآخر ثم قاوا بان النتائج الاحتمالية يجب أن تكون من جانب طرفي المقد سواء بسواء . ويظهر أن ملاحظاتهم هذه كانت محلا لقند الناقدین .

١٠٧ -- نعم ولو أن المقد الاحتمالي اذا انمقد بين فردین فانه من الضروري ان يكون حظ الكسب والخسارة متبادلا بين الطرفين . أى ان النتائج الاحتمالية واقعة بالنسبة للطرفين . لانه لا بد أن ينحسر الواحد منهما نظير ان يكسب الآخر كما نلاحظ ذلك في عقد المراهنة وفي عقد ترتيب معاش (طول حياة المقرض) . ولكن الامر على خلاف ذلك فيما اذا كان المقد عقد تأمين ، أى المقد الذى يقمده فرد مع شركة تحترف بعملية التأمين . ذلك لان عمل الشركة ينحصر في هذه الحالة ، وهى ضم المؤمن عليهم ^(١) الى بعضهم البعض وتنظيم حالة التبادل فيما بينهم ^(٢) فاذا وقع الحادث ^(٣) المؤمن من أجله ، جمعت الشركة الاقساط ^(٤) المدفوعة من المؤمن عليهم وودعت منها التعويضات المتفق عليها لمن نزل به الحادث منهم واضر به . أى ان الشركة لم تتحمل هى بضرر ما ^(٥) من مالها الخاص . اذ النتائج الاحتمالية هى في الحقيقة بالنسبة للمؤمن له لانه يدفعه للقسط اما يريد ان يأمن غوائل الحادث الذى ربما يقع فيضر به ^(٦) ولكن أليس الأمر كذلك بالنسبة للشركة ؟ ذلك لانه عند عدم وقوع الحادث فانها هى التى تستفيد بالاقساط المدفوعة اليها دون ان ينفع بها المؤمن لهم . كذلك يلاحظ كولين وكابنان (ج ٢ ص ٢٦٨) ان عقد المراهنة المتبادلة ^(٧) في سباق الخيل لا يعتبر احتمالياً بالنسبة للحكومة التى تنقاض جزء بسيطاً من مجموع المراهنات . اذ هذا المجموع يوزع على المتراهنين بما يدفعونه هم أنفسهم ^(٨) .

(١) les assurés (٢) une mutualité (٣) sinistre (٤) primes (٥) risque

(٦) كولين وكابنان ج ٢ ص ٢٦٧ - ٢٦٨ (٧) pari mutuel (٨) كابنان ص ٢٦٧ -

بلائيول ص ٣٢١ ن ٩٥٤ وما بعدها .

في شروط انعقاد العقود

وشروط صحتها

١٠٨ — شروط انعقاد العقد ثلاثة : رضا العاقدين ، وعمل العقد ، وسبب العقد . وشروط صحة العقد أهلية المتعاقدين وان لا يكون الرضاء مشوباً ببلط أو غش أو إكراه أو غبن أحياناً

ويراد بانعقاد العقد وجوده وانشاؤه ^(١) فإذا نقص شرط من شروط انعقاده أصبح العقد باطلاً بطلاناً كلياً ^(٢)

ويراد بصحة العقد ^(٣) الشروط التي بدونها يعتبر قابلاً للبطلان ^(٤) . أي ان العقد يوجد قانوناً ولكن يوجد وهو مشوب بعيوب تهدده بالبطلان .

وقد سبق لنا أن تكلمنا على الأهلية فلا نرجع إليها وتكلم الآن على ما بقي بعدها

(١) في الرضاء

١٠٩ — للرضاء ^(٥) معنيان . أما أن يراد به التقاء الإرادتين ^(٦) أو لتيجاد الإرادتين وهذا ما قرره علماء اتمامون من زمن واصطلحوا عليه ^(٧) . هذا الرضاء هو الذي يقتضاه يتكون العقد وعنه يتولد الالتزام (أي الالتزام في العقد ذي الطرف الواحد) أو تتولد عنه التزامات مختلفة (اذا كان العقد تبادلياً)

ولكن يظهر ان واضعي اتمامون الفرنسي أرادوا بالرضاء في المادة ١١٠٨ غير ما أرادوا السابقون اذ أشارت هذه المادة الى « رضاء الماقد الذي يلتزم » ^(٨) وهو تعبير صحيح اذا قلنا بتعريف الاولين للرضاء، ذلك التعريف الذي لا يتعم في الرضاء قبول المدين فقط بل قبول طرفي العقد . فكأن القانون الفرنسي جعل انعقاد العقد معلقاً على رضاء المدين فقط دون رضاء الدائن . وهذا لا يمكن ان يقوله القانون . بل

(١) formation أو existence (٢) nullité absolue (٣) validité (٤) annulable
(٥) consentement (٦) concursus voluntatum (٧) conception classique (٨) la partie qui s'oblige

كل ما أراده الشارع الفرنسي من كلمة الرضاء إنما هو المعنى العادى الذى اصطلاح عليه الناس ^(١) وهو رضاء الشخص المروض عليه بما يعرض عليه ^(٢) فالدائن على على مدينه شروط العقد . فإذا رضى المدين بها انعقد العقد ^(٣)

وهذا هو ما فعله الشارع المصرى بالمادة ١٢٨ / ١٨٨ مدينى . التى قررت ما يأتى : « من عقد مشاركة تعهد فيها بشيء ولم يكن ذا أهلية للعقد أو لم تكن مبنية على رضاء صحيح منه ^(٤) فلا يكون ملزماً بوفاء ما تعهد به فى تلك المشاركة » وعيازة . « رضاء صحيح منه » ترجع الى المدين الذى يلتزم . وهو تعبير يحكى تعبير المادة ١١٠٨ مدينى فرنسى . ويؤيد ذلك المادة ١٣٣ / ١٩٣ مدينى . وعلى هذا يكون الشارع المصرى أراد من كلمة رضاء المدين ليس رضاء المدين فقط بالعقد بل رضاء المدين بناء على ما عرضه عليه الدائن . لانه يستحيل قانوناً انقاد العقد برضاء واحد دون الآخر

١ - فى القبول بعد العرض

١١٠ - اذا كان العاقدان حاضرين انعقد العقد بسهولة كما اذا تعاقدوا أيضاً بالتلفون ولكن يحصل أن يتعاقد الطرفان وهما بعيدان بمضهما عن البعض وهو ما يقع غالباً فيقوم أحد العاقدين بالعرض على الآخر ^(٥) ثم يظهر العاقد الآخر رغبة فى قبول العرض ^(٦) ونرى الآن التكلم على العرض فى ذاته وآثاره القانونية . ثم نتكلم بعد ذلك على القبول وآثاره فى تكوين العقد أى متى يعتبر العقد مفعوداً هل من وقت القبول أو من وقت علم العارض بقبول المروض عليه

١١١ - ماهى « عرض » العرض « أو آثاره » القانونية ؟ يجب قبل التكلم

على العرض فى ذاته التفرقة بين مجرد العرض البسيط ^(٧) والوعد المتبول ^(٨) فالوعد المتبول هو أن الواعد يعد بشيء من الآن فيقبل الموعد له هذا الوعد ، ويرجع فى تحقيق الوعد الى رغبة الموعد له . كما اذا أجز زيدٌ لبكر عزيمة لمدة ثلاث سنوات

(١) adhésion à une proposition (٢) acceptance populaire (٣) كتمان من ٢٦٩

(٤) n'a pas donné un consentement valable (٥)

(٦) offre (٧) offre simple (٨) promesse

acceptée

ثم وعد زيد بكراً بأنه يبعده من الآن بأن يبيع له هذه العربة في نهاية ثلاث السنوات بثمن قدره كذا اذا رضى بكر بذلك . فاذا رضى بكر بهذا الوعد انقضى بين زيد وبكر عقد ، نظراً لانتهاء الارادتين معاً وهذا العقد هو الوعد بالبيع ^(١) فاذا انتهت ثلاث السنوات وأراد بكر أخذ العربة شراء صح له ذلك وألزم زيداً بتوقيع البيع ، فان لم يوقعه ، وقم القاضي نيابة عنه ، ولكن بعد صدور قانون التسجيل رقم ١٨ سنة ١٩٢٣ لا يمكن أن تنقل الملكية العقارية الا بالتسجيل . وعلى ذلك لا يملك اقاضى في حالة نقل الملكية العقارية أو الحقوق العينية العقارية أن يقضى بنقل هذه الحقوق . لان هذه الحقوق لا تنقل الآن الا بالتسجيل . انما نصح لكر في ارتباطه مع زيد أن يسجل العقد الذى ثبت فيه الوعد بالبيع ، حتى اذا ما جاء وقت تحقيق الوعد ولم ينف الواعد قضى القاضي بالملكية ، وقضاؤه هنا صحيح لأن العقد مسجل .

هذا هو الوعد المقبول وهو غير الوعد البسيط الذى لم يقبل بعد . فما هو إذن ذلك الوعد البسيط ؟ وما هى آثاره القانونية (قبل قبوله طبعاً من المروض عليه) . فهل يلتزم المعارض ^(٢) بمجرد عرضه ؟ .

١١٢ — أجب على ذلك بوتييه بقوله إن مجرد العرض البسيط لا ينتج عنه التزام ما للمعنى القانونى . وأنه يجوز للمعارض أن يسحب عرضه ^(٣) طالما أنه لم يقبل من المروض عليه . وأنه لا يقرر التزام عن العرض الا اذا تقرر حق للشخص المروض عليه العرض . ثم يقول بوتييه بأنه « اذا لم أكن لأستطيع نقل حق من حقوقى بمحض إرادتى الى الغير فى حالة عدم رضاء ذلك باكتساب هذا الحق ، كذلك لا يمكننى بمجرد وعدى البسيط أن أجعل الغير مالكاً لحقى من حقوقى الخاصة بى ، الا اذا رضى هذا الغير باكتسابه أى بقوله لوعدى . »

ويترتب على مذهب بوتييه هذا أن المعارض أن يسحب عرضه طالما أنه لم يقبل من المروض عليه . ويدرّب عليه أيضاً أن العرض يسقط بموت المعارض أو بزوال الأهلية عنه قبل القبول ^(٤) ويظهر أن أصحاب هذا رأى يؤيدونه بالمادة ٩٣٢ مدنى

(١) promesse de vente (٢) pollicitant (٣) dédire (٤) ١٠٩٢، د

فرنسى انخاصة باللمبة حيث قرر هذه المادة بأن قبول اللمبة من الموهوب له يجب أن يكون حاصلا في حياة الواهب . وفي ذلك تقول المادة ٧٢/٥٠ مدنى ما يأتى : « تبطل اللمبة بموت الواهب أو بقتل أهليته للتصرف قبل الموهوب له . « أى أن المادتين ٩٣٢ الفرنسية و ٧٢/٥٠ المصرية تتحدان فى المعنى وإن اختلفتا فى اللفظ . وقد نقد الناقدون هذا الرأى ورأوا انه لا يتفق مع الظروف الحاضرة والتعامل فى الازمان الحالية . لانه كيف يتفق هذا المذهب مع ما يجرى عليه العمل الآن من أن المارض يحدد المروض عليه مدة ليقرر فيها القبول أو عدم القبول وهى مدة الخيار ^(١) أليس من شأن تحديد مدة الخيار هذه أن المعارض لا يعتبر حرا فى سحب عرضه والدول عنه قبل مضي المدة المضروبة ؟

لذلك رأى بعض الشارحين الأخذ بمذاهب أخرى تخفف من وطأة هذا المذهب
 ١١٣ — أما هذه المذاهب الجديدة فهى :

(١) نظرية التعويض : يقول أصحاب هذا المذهب بانه يجوز للمارض أن يرجع فى عرضه طالما انه لم يقبل بعد . انما اذا كانت له حرية الرجوع فانه مع ذلك يصبح مستولا عن رجوعه قبل قبول العرض . لان المارض فى رجوعه عن عرضه انما يرتكب جنحة مدنية . وعلى ذلك يجوز للمروض عليه مطالبة بتعويض نظير الاضرار التى أصابته من اعتماده على هذا العرض ، ولترتيب أعماله بناء على هذا العرض .

غير ان الناقدين لهذه النظرية يلاحظون عايبا أنها لم تأت بشىء جديد بالنسبة للنظرية السابقة إذ لم تخرج عن كونها حلت الاشكال بالاشكال نفسه . لان الذى يجب معرفته هو هل يجوز لصاحب العرض أن يسحب عرضه أولا يجوز ؟ فإذا جاز له سحبه فلا تبعة عليه من ذلك مادام انه يتنفع بحقه انتفاعا عاديا لا يريد به اضرارا للغير . على انه ماذا يتناول التعويض ؟ انه يتناول ما فلت المروض عليه من الكسب ^(٢) أى كل ما كان يعود عليه من المكسب فيما لو تم العقد

(٢) **نظرية التمهيد للعقد** ^(١) يقول أصحاب هذه النظرية أن العرض مع تعيين مدة الخيار إنما هو عقد مسوغ لالتزام تلمقدي يلتزم به العارض . لأن العرض مع تعيين مدة الخيار يتكون في الحقيقة من عرضين : عرض ينظر فيه صاحبه قبول المروض عليه لانقضاء العقد . وعرض يتعهد به صاحبه عديم المساس به مدة الخيار . والمفروض أن المروض عليه قد رضى بهذا العرض الثاني فيما اذا وُضِل الى علمه لانه في مصلحته وعلى ذلك يعتبر من وقت ان وصل العرض الثاني الى علم المروض عليه قد تكون بين الاثنين عقد تمهيدى يزداد به أن العارض لا يسحب عرضه قبل انتهاء مدة الخيار . فاذا رضى المروض عليه بما عرضه صاحب العرض تكون العقد حينئذ بين الطرفين وجاز للدائن مطالبة مدينه بالوفاء بما التزم به هذا وقد قال أصحاب هذا المذهب بأنه يجوز لاختذ به في حالة ما اذا لم يكن العرض مصحوباً بمدة الخيار ، لانهم يقولون بان مثل هذه المدة مفروضة وجودها بالعرض أى أن صاحب العرض في عرضه قد رضى ضمناً بعرضه أن ينظر بمدة يتمكن فيها المروض عليه من الخيار حتى يفحص ما عرض عليه ويفصح عن رغبته ^(٢)

وقد توسع الآخرون بهذه النظرية الى حد أنهم قالوا بأنه لا يجوز لصاحب العرض أن يسحب عرضه حتى لو كان العرض لم يصل بعد الى علم المروض عليه مادام أنه قد التزم وحده ومن جهة بعدم سحب العرض ^(٣) ذلك لأنه من المقرر أن الإفصاح عن الارادة من جانب واحد ^(٤) هو مصدر من مصادر الالتزامات ولانه ليس من المستحيل منطقياً أن يعتبر الشخص ملتزماً بمجرد أن أفصح عن ارادته في ذلك قبل أن يقبل المروض عليه العرض حتى ولو لم يعلم بعد بالعرض . والأمثلة عديدة على وجود أحوال يصبح فيها الشخص دائماً على غير علم منه . كما اذا قام الغير بإدارة أعمال شخص دون أن يعلم الأخير بذلك . وكالشخص الذي يحصل لأجله التأمين ^(٥) وكالشخص الذى يصاب بضرر فيصبح دائماً بالتعويض طبقاً للمادة ١٥١/ ٢٢٢ مدني ١٣٨٢ فرنسي . وكالشخص الذى يشتري عقاراً مرهوناً ثم يعمل على

(١) avant-contrat (٢) د' ٢٩٠٠٢٩٢ (٣) كولن وكابتن ج ٢ ص ٢٧٢
(٤) unilatérale (٥) stipulation pour autrui

تخليصه من الرهن^(١) فيعرض على الدائنين المرتهنين أن يدفع لهم ثمن المغار . كذلك أيضاً فيما إذا تميلت ثمن جائزة^(٢) بواسطة الاعلان في الصحف أو غيرها لمن يجد ورقة ضائعة فوجدتها شخص ولم يعلم بعد بهذا الاعلان في هذه الحالة يعتبر الشخص مع ذلك دائماً بالجائزة . وهذا ما قرره القانون الألماني في المادة ١٤٥ وعلى ذلك وبيانا لما تقنن يمكن في النهاية الأخذ بما يأتي :

(١١٤ - ١) ما دام صاحب العرض لم يسحب عرضه فانه يجب اعتباره في هذه الحالة مرتبطاً بعرضه من وقت أن عرضه . وعلى ذلك لا يترتب على وفاة صاحب العرض بطلان عرضه وزواله - بل يظل العرض ملزماً لورثته . فاذ جاء صاحب العرض وقسم عرضه للحكومة مثلاً بشأن التعهد بعمل من الأعمال العامة معلن عنه بطريق المناقصة ثم مات أصبحت ورثته ملزمين بهذا العرض . وقد يمكن الاحتجاج على هذا الرأي بالمادة ٨٢/٥٠ مدني و ٩٣٢ فرنسي التي قررت في الهبة بضرورة علم الواهب برضاء الموهوب اليه في حال حياة الواهب . ولكن يلاحظ على هذا الاعتراض أن الاحكام المقررة في الهبة هي أحكام خاصة روعيت فيها ضرورة التشدد نوعاً ما حتى لا يلحق بالواهب وبأسرته ضرر من جراء عمل لا مقابل له

(٢) ان العرض يربط العارض أي أن صاحب العرض يلتزم بعرضه^(٣) ولكن بم يتلزم ؟ أنه لا يلتزم بالمقد الذي يعرضه على المروض عليه انما يلتزم بأنه يتعاقد فيما بعد مع المروض عليه . وهذا هو ما يستفاد من نظرية التمسيد للعقد . ومع ذلك اذا جاء المروض عليه ورضي بما عرض عليه فان الالتزامات الناشئة عن العقد تتكون في الحال ومن ذلك الوقت . فلذا قد عارض أهليته كأن أفلس قبل أن يرضى المروض عليه فلا ينعقد العقد قانوناً لان رضاه المروض عليه لا يتفق مع رضاه صحيح من قبل العارض الذي زالت أهليته

(١) purger (٢) récompense (٣) ويقول القضاء المصري بأن الوعد من طرف واحد لا يثنى التزاماً حتى يقبله الطرف الآخر . م ت ق ١٠٤ ٣٢٢ وان لصاحب العرض عيب عرض طالما انه لم يقبل بعد : م ت ق ٣٦ ٣٢٠ - وانه اذا مات البائع قبل صدور القبول يمس التمسيد منه ان يقبل لا يشترط لانتفاء البيع اجتماع الارادتين في وقت واحد . وقد اتسمت ارادة الموجب عموماً . استئناف ٩ مارس سنة ٩٢٠ المحللة ٤ ج ١٥٠ عدد ٣٤٧

(٣) لا يجوز سحب العرض قبل انتهاء المدة المقيمة أو المفروض تعيينها للعروض عليه. وبعد مضي هذه المدة يجوز سحب العرض طالما أنه لم يقبل من المروض عليه. هذا ومن المقرر أنه إذا تعينت المدة بالفعل فإنه بمجرد فواتها دون رضا من المروض عليه يعتبر العرض باطلا لا وجود له^(١)

٢ - في انعقاد العقد المكتوبة

١١٥ - إذا حصل التماقذ بالمكتوبة فتى ينقذ العقد ؟ أى فى أى وقت يعتبر العقد منقذاً بين الطرفين ؟ هل ينقذ العقد بمجرد رضا المروض عليه بالعرض أو أنه ينقذ عند ما يصل القبول الى علم المارض ؟^(٢)

ان فى معرفة وقت انعقاد العقد أهمية ظاهرة . لأنه اذا قيل بالرأى الاول أى بانقضاء العقد بمجرد رضا المروض عليه بالعرض أصبح غير جائز لصاحب العرض سحب عرضه . واذا أخذ بالرأى الثانى جاز لصاحب العرض ان يرجع فيه طالما انه القبول لم يصل الى علمه كأن يسحبه بىريقة بينا خطاب القبول فى الطريق وللتفرقة أهمية أخرى فيما يتعلق بالمكان الذى ينقذ فيه العقد ، وذلك بالنسبة للاختصاص وتفسير العقد . لان قانون المرافعات قرر بالمادة ٣٤ / ٣٥ و ٤٢٠ فونسى جواز غخاصة المدعى عليه امام محكمة الباهة التى حصل فيها الاتفاق والتسليم . أى الى انعقد فيها العقد وحصل فيها التسليم ، ولأنه من المقرر على العموم ان العقد اذا انحرو بين شخصين مقيمين فى بلدين مختلفين وجب ان يخضع لقانون البلد الذى انعقد فيه هذا العقد من حيث شروط انعقاده وشروط صحته وبيان نتائج التاوية

أما الآراء فانها لم تتفق بعد على الأخذ بنظرية دون الاخرى بل لازال الخلاف

(١) كاتان من ٢٧٠ - ٢٧٣ - بلانيول من ٣٢٧ - ٣٢٩ ن ٩٧٥ - ٩٨٤ -
 دى هلس ج ١ من ٤٧٥ - ٤٨١ ن ١ - ٢٥
 (٢) الرأى الثانى : استئناف ٣٠ م يناير سنة ١٩١٦ م ق ١٠١٨ - ١٠١٠
 ٣٢٢ - ٣٤ ، ١٥٧ ، ٢٢٧ - ٣٥ ، ٤٦ - استئناف ٢٦ مارس سنة ١٩١٢
 م ٣٠١٣ - وأغلب الشارحين الفرنسيين على هذا الرأى أيضاً : بلانيول ج ٢ من ٣٣٥ ن ٩٨٦ - والبع : أيضاً فى بلانيول ن ٩٨٥ و ٩٨٧ و ٩٨٨ - ٩٩٥

قائماً في القضاء وفي الفقه ، اذ يرى البعض ^(١) الاخذ بنظرية الانقضاء لجرد العرض ^(٢) أي ان العقد ينقذ بمجرد قبول العروض عليه عرض المعارض لان هذا القبول هو الذي يحكم رباط الالتزام ولأن وصول الرضاء الى علم المعارض لا يزيد شيئاً على النتائج القانونية الخاصة بهذا الرضاء . ويستند أصحاب هذا الرأي الى المادة ١١٢ فقرة ٢/٢٧٥ مدني ١٩٨٥ فرنسي وهي القائلة بان الرضاء بالوكالة من جانب الوكيل يجوز ان يحصل ضمناً ويتحقق من قيام الوكيل بتنفيذ الوكالة . ويقولون بأن هذه المادة لم تشترط علم الموكل برضاء الوكيل أي بتنفيذ الوكالة

ويستند أصحاب المذهب الثاني الى المادة ٥٠/٧٢ مدني ١٩٣٢ فرنسي في أن الهبة لا تصح الا اذا وصل رضاء الموهوب له الى علم الواهب . ويرد أصحاب المذهب السابق على أنصار هذا المذهب بأن أحكام الهبة أحكام خاصة ولا يجوز الأخذ بها في تقرير القواعد العامة الخاصة بالقانون العادي العام . هذا وان اشتراط علم الواهب برضاء الموهوب له انما هو شرط خاص بالواهب فقط . أي انه يجوز للواهب سحب عرضه للهبة قبل ان يصل اليه علم الموهوب له . أما الهبة في ذاتها وفي غير ذلك فهي صحيحة بالنسبة للوجهات الأخرى : فاذا مات الموهوب له في الفترة بين القبول وابلإغ القبول للواهب جاز لورثة الموهوب له قبول الهبة (المادة ٥١/٧٣ مدني وليس لها مثل في القانون الفرنسي ولكن قال بها الشراح الفرنسيون ^(٣)

٣ - الافصاح عن الارادة في التعاقد

١١٦ - الافصاح عن الارادة اما ان يكون صريحاً ^(٤) أو ضمناً ^(٥) ويرى كولين وكاتبان (ج ٢ ص ٢٧٤) استبدال الصريح بالمباشر ^(٦) والضمني بغير المباشر ^(٧)

فالافصاح المباشر هو ما أريد به الالتزام بعبارة صريحة فيقرر الملتزم شفهاً أو بطريقة غير شفعية ما يفيد التزامه . ومثل الالتزام المقرر بطريقة غير شفعية . مثل من

(١) كابان ص ٢٧٣ (٢) système de l'émission (٣) كولين وكاتبان ج ٢ ص ٢٧٤
manif. directe (٦) manif. tacite (٥) manifestation expresse (٤)
manif. indirecte (٧)

يرسل بضاعة مسجلة بالبريد ؟ وكصاحب الفندق الذي يحجز الزف التي طلب منه حجزها ، ومثل من يزايد في مزاد علني فيعمل اشارة برأسه للنادي في المزاد ^(١) بأنه يزايد على من قرر قبله الزيادة، وكذلك أيضاً الهبة اليدوية من الواهب الى الموهوب له ^(٢) واما الافصاح غير المباشر فهو ما استفيد من عمل يتم بلا شبهة عن غرض الشخص . فمثلا تسليم الدائن سند الدين للمدين دون أخذ الدين منه دليل على الهبة غير المباشرة من الواهب للموهوب له . وكذلك المستأجر الذي يظل مقبلاً بالمكان المؤجر له بعد انتهاء الاجارة : اذ يستفاد من ذلك انه يريد استئجار المحل مدة ثانية . وهذا ما يسمى بتجديد الايجار ^(٣) (المادة ٣٨٦ / ٤٧١ مدني و ١٧٥٩ فرنسي)

٤ - السكوت والرضا

١١٧ - يمكن اعتبار السكوت ^(٤) في الالتزام أنه لا يفيد الرضا المباشر أو غير المباشر . لان من يلتزم السكوت لا يعمل عملاً خارجياً يتم عن الافصاح عن إرادته . ولكن يجوز أن سكوته قد يترجم أحياناً عن الافصاح عن إرادته . وقد كتب في ذلك الشارحون وأفاضوا في المانيا وإيطاليا

ويوجد بالتاتون المصري ما يشير الى أن السكوت يعتبر رضا اذ تعتبر المادة ٣٨٦ / ٤٧١ مدني و ١٧٥٩ فرنسي ، الخاصة بتجديد الايجار بمجرد بقاء المستأجر ، دالة على الرضا بطريق السكوت من جانب المؤجر . اذ إنها يوجد افصاح غير مباشر من جانب المستأجر ، يوجد بجانبه مجرد سكوت من جانب المؤجر ، فبينما يتكون الالتزام من جهة المستأجر ببقائه في العين المؤجرة اليه ، فان هذا الالتزام يتم ويتأكد من جهة المؤجر بسكوته ، ذلك السكوت الذي يترجم عن الرضا . وبالفصاح غير المباشر وبالسكوت يتكون عقد جديد بنفس شروط العقد الاول وقيوده

وهل يمكن الاستعانة بالمادة ٣٨٦ / ٤٧١ مدني الخاصة بتجديد عقد الايجار في القول بجواز تجديد عقود أخرى بواسطة الافصاح غير المباشر مع السكوت . أي هل تعتبر المادة ٣٨٦ مكررة لقاعدة عامه وهي جواز تجديد للعقد القديم بالافصاح غير

(١) crieur (٢) كوليف وكابان ج ٢ ص ٢٧٤ (٣) tacite reconduction (٤) silence

المباشر من جانب آخر؟ المسألة خلافية بين الشارحين والقضاء وعلى الأخص فيما يتعلق بتجديده عقد العمل^(١) وعقد التأمين^(٢) إلا أنه مع القول بأن المسألة خلافية فإن القضاء الفرنسي اعتبر السكوت رضاء^(٣) في الأحوال الآتية:

١) يعتبر السكوت رضاء فيما إذا كان قد سبق للطرفين تعامل سابق. فإذا كتب صاحب مطعم لتاجر يبيع الزبدة - وكان من عادة هذا التاجر أن يورد له الزبدة كل عام - بأنه يعول عليه في الحصول على زبدة هذا العام ولم يرد عليه التاجر اعتبر السكوت هذا رضاء منه أي قبولاً بتوريد زبدة هذا العام^(٤)

كذلك إذا اعتاد وكيل أشغال أو وكيل بالعمولة^(٥) على أن يجري أعمالاً عديدة للموكل^(٦) فإنه يعتبر ملتزماً بسكوته فيما إذا كتب له موكله بتكليفه بعمل من الأعمال ولم يرد عليه بالسلب. وقد قرر هذه القاعدة القانون التجاري الألماني بالمادة ٣٣٣ وكذلك القانون المدني الألماني بالمادة ٦٦٣ وبهذا المعنى أيضاً قانون الالتزامات السويسري (المادة ٣٩٥)

٢) ويرى القضاء الفرنسي أيضاً أن « الفاتورة » إذا أرسلت من التاجر إلى مشتری البضاعة وكان بها شرط من الشروط الخاصة وسكت المرسل إليه دون الإجابة سلباً أو إيجاباً. عن هذا الشرط اعتبر سكوته رضاء وقبولاً به^(٧) فإذا تم العقد بين البائع والمشتري للبضاعة وأرسل البائع « فاتورة » مع البضائع بأن الثمن يدفع بمحل البائع، دون أن تحصل مناقشة بشأن هذا الشرط وقت انعقاد العقد، وسكت المشتري دون اظهار رغبته في عدم الأخذ بهذا الشرط، اعتبر سكوته هذا مترجماً عن رضائه به. وحجة القضاء الفرنسي هي المادة ١٠٩ تجاري التائلا بالأخذ بالفاتورة كسند اثبات إذا رضى بها المرسل إليه^(٨) نعم ولو ان عادة تأشير المشتري على الفاتورة بقبوله بما جاء بها قد اندثرت مع الزمن ولم يعد الناس يعملون بها إلا أن القضاء الفرنسي يرى في سكوت المرسل إليه رضاء بالفاتورة^(٩) على أننا نلح في هذا القضاء

(١) contrat de travail (٢) contrat d'assurance (٣) ١٢٩.٥.٩١١.٥ ومقال

« Demogé » (٤) acquiescement (٥) ٣١٣.٥.٩٠٨.٥ (٦) قارن د. ١٣٦.٥.٩٠٨.٥

facture acceptée (٨) adhésion (٩) commettant (١٠) commissionnaire (١١) ١٣٦.٥.٩٠٩.٥

(١٢) ١٣٦.٥.٩٠٩.٥

خطورة محدة بالمشتري : لأن من نتائج الأخذ بهذا المذهب ، التائل باعتبار السكوت رضاء ، حرمان المشتري من حق المناضاة أمام محكمته اذ يصيح خاصاً لاخصاص محكمة محل دفع الثمن وهو محل اقامة البائع (المادة ٣٤ قرة ٣٥/٧ مرافعات ٤٢٠ و٤٢١ فرنسي) وهذا مخالف للقاعدة المقررة في الوفاء بالدين بأن الوفاء يحصل بمحل المدين^(١) ولا يحمل الدين الى محل الدائن^(٢)

١١٨ - وفيما عدا هذه الاحوال السابقة لا يعتبر السكوت رضاء . ولا يجوز الاستناد الى هذه القاعدة الثالثة « من لم يدل شيئاً يعتبر راضياً »^(٣) ولا تميم القاعدة الرومانية الثالثة « من يسكت فانه يظهر بأنه رضى »^(٤) بل الاصل أن السكوت لا يعتبر رضاء وذلك كما في الاحوال الآتية :

(١) اذا ارسل صاحب مصرف مالى الى شخص خطاباً يخبره فيه بأنه قيد اسمه ضمن المشتركين في أسهم شركة من الشركات وأنه قيد بدقايره أنه أصبح مديناً له بقيمة الاسهم التي قيدها باسمه ، ثم التزم المرسل اليه الصمت دون الاجابة على هذا المالى ، فلا يعتبر سكوته هذا رضاء بما كتب به اليه^(٥)

(٢) قرر اقتضاء افرنسي بن صاحب الجريدة اذا ارسلها الى شخص وطلب اليه ان يردها الى ادارة الجريدة اذالم يشأ ان يكون مشتركاً فيها أو يجدد الاشتراك فيها ، ثم سكت المرسل اليه فلا يعتبر سكوته هذا قبولاً منه^(٦) الا اذا استلم الصحيفة بطريقة مستمرة واخذ يطالها بعد فض غلافها^(٧)

٥ - في عيوب الرضاء

١١٩ - عيوب الارادة^(٨) أو عيوب الرضاء هي الشوائب التي تشوب المقدم فتفسد صحته أو تكوينه . وهذه العيوب هي الغلط والعش والاكراه . ويضاف اليها الغبن

(١) la dette est quérable (٢) la dette n'est pas portable (٣) qui ne
 (٤) dit mot consent qui tacet consentire videtur (٥) (١٠٧٠٠ د)
 ٢٥٧ - س ، ١٠٧٠٠ (٦) (٢٠٦٠٢٠٨٢٠ د) - س ٢٠٨٣ (٨)
 (٧) دى مجلس ج ١ س ٤٧٦ ن ٦ (٨) vices de la volonté

١ . - في الغلط ^(١)

١٢٠ - الغلط ^(٢) هو الاعتقاد الفاسد أو غير الصحيح بما يخلف الحقيقة أو هو الاعتقاد بصحة شيء كاذب أو الاعتقاد بكذب شيء صحيح .

والغلط على نوعين غلط في القانون وغلط في الوقائع

فالغلط الحاصل في القانون ^(٣) هو فهم مسألة قانونية من طريق الخطأ . والغلط في الوقائع ^(٤) هو الخطأ في تقدير واقعة معينة . فلذا بمت بصفتي قياً عقاراً مملوكاً لمهجورى دون أخذ رضا المجلس الحسبي معتقداً أن البيع لا تتوقف صحته على اجازة المجلس الحسبي : فهذا هو الغلط القانوني . وإذا ثبت عقاراً معتقداً أنه لازال في ملكي بينما سبق أن تصرف فيه . فهذا هو الغلط في تقدير الوقائع

والغلط في القانون أو في الوقائع يعيب الرضاء الخاص بمن وقع من جانبه الغلط وعلى ذلك لا محل للفرقة بين نتائج هذا ونتائج ذاك ومن وقع في الغلط جدير بحماية القانون له . والحماية لازمة على الأقل في حالة ما اذا كان الغلط قد أثر على الرضاء تأثيراً ظاهراً أو بعبارة أخرى اذا كان الغلط هو الذى حمل العاقد على الالتزام بحيث اذا لم يحصل الغلط ما كان العاقد يلتزم مطلقاً . أما الاخذ بهذا القول علماً فلم يكن بالامر السهل . وقد ترتب عليه أخذ ورد بين الشارحين بما افاضوا فيه من دقة البحث وبعد النظر كما سيتبين مما يلى .

١٢١ - الغلط عند الرومان : كان الرومان في بادىء أمرهم يمولون على

الصيغة التى أفرغ فيها القعداً أكثر من تمويلهم على أغراض للمتعاقدين . فلذا ما أفرغ القعد في القلب المدة له من قبل صحح الالتزام ولا يعبأ فيما بعد بما يدعيه الملتزم من الغلط حتى لو كان وقوعه في الغلط بسبب غش قلم به العاقد الآخر

ولكن ما عثم أن سقط هذا المبدأ القديم بحكم الزمن وظهر مبدأ جديد في عصر الجمهورية وهو المبدأ الذى نادى بضرورة احترام ارادة العاقد . وقيل في ذلك الزمن « من وقع في الغلط لا يصح تناقده » ^(٥)

(١) دموج ج ٣٦١ - ٤٧٩ ن ٢١٩ مكررة - ٢٩١ (٢) erreur (٣) erreur
de droit (٤) erreur de fait (٥) non videtur qui errant consentire
celui qui est dans l'erreur ne peut pas contracter

ولكن مع الأخذ بهذه القاعدة الجديدة فإن الرومان لم يتركوا مطلقاً الأخذ بالمبدأ لتقديم ولم يمولوا على المبدأ القائل بالبحث في خصائيات المتعاقدين ولا تعرف على ارادتهم ، بل لازالوا مصرين على اعتماد ما ظهر به المقد خارجياً أى على المظهر الخارجى للإرادة فى التعاقد . ولذا لم يصل القانون الرومانى فى هذا الشأن الى نتائج تتفق مع العدالة كل الاتفاق . ولكنه قد اعترف بالخلط فى الاحوال التى يكون فيها الافصاح عن الارادة غامضاً ^(١) أو لا يمكن تحقيقه ^(٢) وهذه الاحوال المانعة من حصول الرضاء بسبب الخلط هى ما يأتى

(١) الخلط الواقع فى نفس المتعاقدين ^(٣) أى الخلط الذى يقع بشأن الحقيقة القانونية للمقد . ولا يمكن حدوث ذلك الا فى العقود غير الشكوية . فاذا أراد شخص من المتد البيع وأراد الماقد الآخر من المقد الايجار ، فلا ينمقد العقد

(٢) الخلط فى محل العقد ^(٤) أى الخلط الذى يقع فى الشيء الذى كان محلاً للتعاقد . فإذا كان البائع يبيع عقاره الموجود بجهة كذا بينما المشتري يظن أن المبيع له هو العتار الآخر الموجود بلجهة الأخرى فلا يصح المتد . ويلحق بهذه الحالة الخلط الواقع فى جوهر أو مادة محل المتد ^(٥) فاذا اشترى المشتري شيئاً باعتباره من الذهب فظهر انه من النحاس فلا ينمقد المتد ، على شرط أن يكون المقد من العقود المتنازعة لحسن النية ^(٦)

(٣) الخلط فى شخص المتعاقدين ^(٧) هذا الخلط فى شخص الماقد كان دائماً ممتنعاً من الرومان سبباً فى إبطال المتد ، كأن يتعاقد الماقد مع شخص هو فى الحقيقة غير الشخص الذى يريد التعاقد معه . ويرى الرومان أن الخلط يحول دون انعقاد المقد وعلى ذلك فالقعد عندهم باطل بطلائعاً مطلقاً ^(٨) . ومع أن الرومان معزوفون بالرغبة فى تحليل المسائل تحليلاً دقيقاً فاتهم لم يظهروا بهذه الصفة فى حالة الخلط فى العقود ، بل قسروا نتائج الخلط على أحوال خاصة معينة . وفوق ذلك فاتهم لم يرقبوا نتائج الخلط طبقاً لخطورته

error in corpore. (١) error in negotio. (٢) irréalisable (٣) ambigu (٤) nullité absolue (٥) error in persona (٦) contrat de bonne foi (٧) substance (٨)

١٢٢ - الغلط بعد الرومان : أخذ علماء فرنسا قبل سن قانون نابوليون في سنة ١٨٠٤ بما سبق أن أخذ به الرومان بعد أن هذبوه بعض التهذيب

(١) 'الغلط في محل المقد' : (١) يرى بوتيه أن الغلط يشوب محل المقد إذا انصب على صفة (٢) الشيء محل المقد ، وهي الصفة التي اعتبرها العاقدان في التام الأول للشيء المتعاقد عليه ، وهذا مبدأ جديد فيما يتعلق بمحل العقد لم يقل به الرومان لأن ما قل به القانون الروماني إنما هو مادة الشيء بالذات (٣) وأما ما قل به بوتيه فهو فقط مادة الشيء بل أخص أوصاف الشيء المتعاقد عليه وهو مبدأ ذو مرونة ظاهرة

(٢) 'الغلط في شخص الماقر' : وهنا أتى بوتيه بمبدأ جديد مفيد كل الإفادة . قال « كلما كان للشخص الذي أردت التعاقد معه اعتبار ظاهر في المقد فالغلط في هذا الشخص يبطل رضائي وعلى ذلك يبطل معه المقد . وعلى العكس من ذلك إذا لم يكن للشخص الذي أردت التعاقد معه اعتبار ما في المقد وكان يمكنني التعاقد مع أي شخص آخر كما أردت التعاقد مع هذا الشخص ، اعتبر المقد صحيحاً »

ثم أضاف على ذلك بوتيه سبباً آخر في إبطال المقد ، إذا وقع الغلط في سبب (٤) المقد

(٣) 'التعويض القانوني للغلط' : يرى بوتيه أن من شأن الغلط إما بطلان المقد بطلاناً مطلقاً أو بطلاناً نسبياً . ويرى ضرورة التفرقة بين أنواع الغلط : فمن الغلط ما يلحق محل العقد . وفي هذه الحالة يبطل الرضاء وبزول وكأنه لا رضاء بالمقد . وكذلك الحال بشأن الغلط الواقع في شخص الماقد ، كما إذا أراد الواهب أن يهب شخصاً معيناً فجاءت المبة لشخص آخر غير من أراده الواهب ، إذ في هذه الحالة لا عقد ولا هبة . وأما الغلط في أخص أوصاف الشيء المتعاقد عليه فانه يكون ذريعة فقط إلى طلب الرد (٥) أي إلى طلب الماء العتد (٦)

١٢٣ - القانون الفرنسي سنة ١٨٠٤^(١) : أخذت المادة ١١١٠

فرنسي بنذهب بوتييه وأشارت فقط الى الغلط في مادة الشيء والغلط في شخص الماقد اذا كان لشخص الماقد سبب ظاهر في التعاقد. ثم قررت المادة ١١١٧ أن العقد المشوب بالغلط لا يعتبر باطلا من تلقاء نفسه بل يمكن التذرع بالغلط فقط الى المطالبة ببطالان العقد. أي أن البطلان في حالتي الغلط المنوء عنهما بأما ١١١٠ بطلان نسبي^(٢) فلا يطالب بالبطلان إلا من جاء الغلط من جانبه

يتبين من ذلك أن القانون الفرنسي لم يشأ الأخذ بما قرره بوتييه فيما يتعلق بالغلط في شخص الماقد. ولكن نصوصه مع ذلك جاءت قاصرة لم تحط بالنظرية تمام الإحاطة. ولذا قلم الفقه يسد ما بها من النقص.

١٢٤ - القانون المصري : قررت المادة ١٢٨/١٨٨ مدني ما يأتي :

« من عقد مشاركة تعهد فيها بشيء ولم يكن ذا أهلية للعقد أو لم تكن مبنية على رضا صحيح فلا يكون ملزماً بوفاء ما تعهد به في تلك المشاركة »^(٣)

والنص الفرنسي أكثر وضوحاً في اظهار غرض الشارع. وعلى ذلك تقرر المادة بأنه لا تستثقل ذمة الماقد بالتزيم، الا اذا كان رضاؤه بالعقد رضا صحيحاً. ثم جاءت المادة ١٩٣/١٣٣ مدني وقررت ما يأتي : « لا يكون الرضاء صحيحاً^(٤) اذا وقع عن غلط أو حصل باكره أو تدليس » وهذه المادة تفسير للمادة ١٢٨ المتقدمة أي أن الرضاء غير الصحيح هو الرضاء المشوب بالغلط الخ. ولكن ما هو الغلط الذي يعيب العقد؟ وما حكمه في العقد وأثره فيه؟ هل يبطل العقد إبطالا مطلقاً أم نسبياً؟ أجابت على ذلك بعض الاحاجية للمادة ١٣٤/١٩٤ مدني بما يأتي : « الغلط موجب لبطلان الرضاء متى كان واقعاً في أصل الموضوع المعبر في العقد. » والنص الفرنسي لها

(١) بلانزول ج ٢ ص ٣٤٩ - ٣٥١ ١٠٤٩ - ١٠٥٩ annulabilité (٢)

(٣) ويقول النص الفرنسي لها « Aucune convention ne peut donner lieu à l'obligation qui en est le but, si la partie qui s'oblige n'est pas capable de contracter, le consentement » (٤) et n'a pas donné un "consentement valable, n'est pas variable

أوضح في المعنى وآثر في إيضاح غرض الشارع،^(١) :

وهذا التعبير علم لا يحكي في عبارته صيغة المادة ١١١٠ فرنسي التي أشارت الى النلط في محل المقد وفي شخص العاقد . وربما تنصرف هذه المادة بعبارتها العامة هذه الى أنها تشمل النلط في محل المقد وفي شخص العاقد . أي أنه يجوز طلب بطلان المقد اذا لم يتم المقد طبقاً لما يريده العاقد وطبقاً للاعتبارات التي عول عليها . وقت المتعاقدين سواء أ كانت هذه الاعتبارات ترجع للشيء المتعاقد عليه بصرف النظر عن الشخص ، أم للشيء المتعاقد عليه بالرجوع الى شخصية الشخص ، وباعتبار أن محل المقد لا يتميز فقط بالرجوع الى طبيعة الشيء في ذاته ، بل بالرجوع الى صفات هذا الشيء . وما يكتنفه من الاعتبارات التي يكتسبها من شخصية العاقد . فإذا اتفقت مع فرقة على تمثيل رواية دون تعيين أشخاص الممثلين أصبح الوفاء بالالتزام صحيحاً اذا مثلت الرواية بمعرفة أي ممثلين . ولكن اذا اتفقت مع الفرقة على تمثيل الرواية مع تسمية بطلها فلا يعتبر الوفاء صحيحاً اذا غالب الممثل المسمى .

وفي الحالة الأولى حصل تمثيل وفي الحالة الثانية حصل تمثيل . ولكن التمثيل في الحالة الثانية يتميز ويشخص بتلك الاعتبارات التي تأتيه من جانب الممثل المسمى . فإذا وقع غلط في شخص الممثل المسمى اعتبر النلط منصفاً على شخص الممثل المسمى فقط . بل هو يتمشى أيضاً على محل المقد نفسه وهو التمثيل . ومن هنا نرى أن النلط في محل المقد لا ينصرف فقط الى طبيعة الشيء المتعقد عليه وجوهره الذاتي ، بل ينصرف أيضاً الى الصفات الأخرى التي يتصف بها وتأتيه من الاعتبارات الشخصية الخاصة بشخص العاقد . وعلى ذلك يمكن الأخذ بالمادة ١٣٤ باعتبارها نصاً عاماً يتمشى على النلط في محل المقد سواء كان النلط منصفاً على الشيء ذاته بطبيعته ، أم منصفاً على صفات محل المقد وهي الصفات التي جاءت من اعتبارات شخصية خاصة بشخص العاقد . وعلى ذلك تنصرف المادة ١٣٤ الى النلط في محل المقد وإلى النلط في شخصية العاقد .

^(١) " L'erreur opère la nullité du consentement quand elle porte sur le support principal, sous lequel la chose a été envisagée dans le contrat .

١٢٥ - الفقه الحاضر وآثاره الفلظ في العقود : يرى الفقه الحاضر أن أثر الفلظ في العقد إنما يتصرف إلى إبطال العقد إبطالا مطلقاً أو إبطالا نسبياً أو أن الفلظ لا يؤثر على العقد بشيء ما

(١) في الفلظ المبطل للرضاء : هذا الفلظ المبطل للرضاء يقع نادراً ولكنه يقع في الأحوال الثلاث الآتية :

١ - إذا وقع الفلظ في جوهر العقد . وهو الفلظ الذي يقع في نفس التعاقد عند الرومان ^(١) . كأن يتعاقد شخص مثلامع جمعية تأمين تبادلية ^(٢) مع أنه كان يريد التعاقد مع شركة تأمين بإقساط معينة ^(٣)

٢ - الفلظ الواقع في محل العقد ^(٤) وهو نظري أكثر منه عملياً (١٢١ ن)
٣ - الفلظ الواقع في سبب العقد ^(٥) كأن يكلف الموكل مثلاً ^(٦) الوكيل بالعمولة ^(٧) أن يبيع له بضاعته نظير أجر له وهو اجرة العمولة ثم جاء الموكل ودفع هذه الاجرة للوكيل دون أن يعرف بأن الوكيل هذا اشترى البضاعة لنفسه ^(٨) فإنه لا يستحق أجراً ما ^(٩) في هذه الحالة الأخيرة ^(١٠)

(٢) في الفلظ المبطل للعقد بطالاً نسبياً : يقع ذلك في الفلظ في الشخص والفلظ في الشيء

١ - الفلظ في الشخص : الفلظ في الشخص يبيح طلب بطلان العقد إذا كان للشخص اعتبار خاص وشأن ظاهر في العقد (المادة ١١١٠ مدني فرنسي) ^(١) وهذه مسألة موضوعية متروكة لتقدير القاضي . ويقع الفلظ في الشخص في العقود بموجب ^(٢) إما من جهة الماقدين كما في عقد الشركة ، أو من جهة عاقد واحد كما في عقد الاتفاق مع مهندس أو مستخدم أو مقاول أو رسام أو طبيب أو نقاش . ولا يقع الفلظ في الشخصية الطبيعية للماقد بل يقع في أخص أوصافه وخصائصه أي الخصيصة

(١) erreur in negotio (٢) assurances mutuelles (٣) assurances à primes
س. ١٢٥٠.١.٨٠ (٤) error in corpore (٥) cause (٦) donner d'ordre (٧) commissionnaire
faire la contre-partie (٨) commission (٩) « Lacour
س. ٤٣٦.١.٩٠٤ - د. ٦٥.١.٩٠٥ ومقل « Lacour
(١٠) contrats à titre onéreux (١١) institui personae

التي اعتمد عليها العقاد في عقده ولولاها ما تعاقد . فالغلط في حرفة المستاجر بالعقد مفسد للعقد

الغلط في المادة^(١) : وفي ذلك يقول المادة ١١١٠ مدني فرنسي بقرتها الأولى « لا يعتبر الغلط سبباً في إبطال التعاقد الا اذا انصب على المادة ذاتها^(٢) » التي هي محل العقد^(٣) فما الغرض حينئذ من « مادة العقد » وما هو المستفاد منها ؟ هنا محل النقد الدقيق لرجال الفقه المصري . لان هذه العبارة أوسعت من مجال الاخذ والرد بقدر ما احتواها من بعد المعنى وتراعى المرمى

ففرق يقول بأن الغرض من مادة العقد هو الشيء الذي أصبح محلاً للعقد . فاذا اشترت ساعة على أنها ذهباً فتيين انها من نحاس ، أصبح الغلط منصباً على مادة العقد اي على الساعة . وهذا هو نفس المذهب الذي قال به الرومان . ويسمون هذا المذهب بالمذهب المادى أو المذهب الشيئى^(٤)

وفريق يقول بان الغرض من مادة العقد مجموع الخصائص والميزات المادية للشيء الذي هو محل العقد ، بحيث ان هذه الخصائص أو الميزات^(٥) اذا اجتمعت فيه تجلعه حتماً متميزاً^(٦) عن أى شيء آخر قريب منه . وهذا المذهب قريب جداً من المذهب السابق . وعلى ذلك فهو لا يؤدى الى المعنى المقصود حقيقة من عبارة مادة العقد . اذ كلا المذهبين يرمى الى مادية^(٧) محل العقد لا الى غيرها . فاذا وقع الغلط في صفة من صفات الشيء . وكان تقدير قيمة هذا الشيء يرجع الى هذه الصفة ، كالغلط مثلاً في اقدمية قطعة أثرية أو الغلط في المصدر الاصلى لصورة معينة ، أى الغلط في شخصية المصدر ، اعتبر ذلك كله بناء على هذا المبدأ الشيئى الصرف غير كاف لابطال العقد . ولكننا نسارع الى ملاحظة ان الآخذين بهذا المذهب ومن بينهم ابرى ورو^(٨) علبوه بادخال بعض التعديل عليه . اذ قرر هذان الشارحان بانه اذا انصرفت نية العقادين وقت التعاقد الى التمويل على صفة معينة فأنه بالشيء المتعاقد عليه^(٩)

objet (٢) substance même (٢) erreur sur la substance (١)
nature spécifique (٦) qualités ou propriétés (٥) système objectif (٤)
qualité déterminée (١) Aubry et Rau (٨) objectivité (٧)

ونص عليها بالعقد ، أصبحت هذه الصفة شرطاً من شروط العقد بحيث يعتبر زوالها سبباً في فسخ العقد

هذا هو المذهب القائل بمادية محل العقد ورغم تلطيف شدته من جانب إيرى ورو ١٣٦ - ولكن هناك مذهب آخر أشد متانة وآثر في انعقاد العقود وهو المذهب الذى لا يقول بمادية محل العقد ^(١) بل يقول بعدم النظر الى مادية الشيء بالذات وبضرورة الاخذ بنية المتعاقدين ^(٢) هذا المذهب القائل بالرجوع الى اعتبارات شخصية خاصة بالعاقدين ^(٣) والى مبلغ نواياهم في انعقاد العقد يسمى بمذهب النية ^(٤) وبه قال كولين وكابنان ^(٥) وقال به القضاء الفرنسى كما سيبنى ، وقال به الشارح المصرى بالمادة ١٣٤ / ١٩٤ مدنى كما أوجزنا فى شرح هذه المادة فى صدر هذا البحث ^(٦)

أما أصحاب هذا المذهب القائل بالاخذ بنية العاقدين فقد أخذوا على المذهب الاول القائل بمادية الشيء أنه لا يعبأ مطلقاً بنية العاقدين وما انصرفوا اليه وقت العقد من غرض خاص يتعين بالرجوع الى الاحاطة بظروف العقد . مع ملاحظة انه قد يكون من المستحيل فى بعض الاحوال تقدير مادة العقد تقديرأً صحيحاً منتجاً من الوجهة القانونية الا اذا روعيت نية المتعاقدين . هذا وان أصحاب مذهب مادية العقد لم يبينوا ما هو المقياس الذى يرجع اليه ^(٧) فى معرفة خواص الشيء من حيث مادته وعلى ذلك يرى أصحاب المذهب الاخير القائل بنية العاقدين أنه يجب الرجوع الى الغرض الذى أراده العاقبون لا الى مادة محل العقد لان المادة ليست واحدة فى جميع العقود وعند اختلاف المتعاقدين . بل قد تتغير المادة بتغير أغراض المتعاقدين لما يرمى اليه المتعاقبون فى تقدير أوصاف الشيء تقديرأً من المستحيل أن يكون واحداً فى كل العقود ، أى يرجع فى معرفة العقد الى الغرض الذى ينشده كل منهما فيه ، أى الى الاعتبار التى قدّر بها العاقد محل العقد ، بحيث اذا تأكد من عدم توافر هذه الاعتبار بمحل العقد وقت انعقاده لما تعاقد بصرف النظر عن مادة محل العقد

(١) objectivité (٢) intention des parties (٣) subjectivité (٤) sys-
tème subjectif (٥) ج ٢ ص ٢٨١ (٦) ج ١ ص ٢٢١ ن ٢٩٠-٢٩٠٧ -
ج ٢ ص ٢٤٣ ن ٢٥٦٣ و ٢٥٦٤ - ج ٣ ص ٣٥٧ ن ٢٧١٧ - ٢٧١٩
(٧) criterium

١٢٨ - هل يشترط في الغلط التفسير للعقد بأنه يكون من جانب المعاقدين

معاً أو من جانب أحدهما فقط؟ : تضاربت الآراء في هذا الشأن : فقال البعض باشتراط الغلط من الجانبين واكتفى البعض الآخر بالغلط من الجانب الواحد

وربما يتفق مع المنطق والعقل أن يكتفى بالغلط من جانب أحد العاقدين لاجل فسخ العقد ، مادام العاقد قد أخطأ فيما تماقد عليه ، واكتشف بعد العقد غلطه اذ يصبح رضاؤه في العقد مشوباً بهذا الغلط من جانبه وجاز له فسخه حتى لو كان العاقد الآخر يجهل نية هذا العاقد الذي وقع الغلط من جانبه أى ولو كان حسن النية . بذأ حكم القضاء الفرنسي بأن قرر فسخ عقد بيع عقده وكيل ، بناء على غلط وقع في الإشارة البرقية إلى بحث بها الموكل لوكيله بأن لا يبيع بأقل من ثمن كذا ^(١)

ولكن مع القول بمطابقة هذا الرأي للمنطق والعقل ، يجب مع ذلك أن يلاحظ ما يأتي :

١ - نعم وإن كان ظاهر هذا الرأي المتقدم أن يطابق العقل والمنطق إلا أنه ربما لا يكون في الحقيقة مطابقاً للعادلة . كأن رأى شخص مثلاً عند آخر سجادة عجيبة فاعتقد أنها قديمة وأنها تساوي من الثمن مبلغاً عظيماً فآخذ يساوم صاحبها حتى اشتراها منه بمن عادي بسيط وبعد ذلك تبين له أن السجادة لبست قديمة وأنها عادية . ألا يرى أنه مما تتأذى منه العدالة أن يأتي هذا المشتري ويطلب فسخ العقد وإسترداد الثمن ؟ (وفي الغالب يكون مادفعه ثمناً عادياً أو فوق المادى بقليل) فاهو ذنب البائع الذي يجهل نية المشتري وما كان يدور بخله من نية المضاربة في مشتري السجادة ؟

لذا يرى في أغلب أحكام القضاء التي تقضى بالفسخ بسبب الغلط أنها تشير الى الغلط من الجانبين . أي تشير الى التزام العاقد التزاماً صريحاً أو ضمناً بتقديم الشيء المتماقد عليه طبقاً لرغبة العاقد الآخر المقول بالغلط من جانبه . أو بعبارة أخرى تشير هذه الأحكام الى أنه لا يمكن افتراض أن العاقد الملتزم بتقديم الشيء يجهل الظروف التي أحاطت بالعقد

(٢) - إذا قيل يجوز فسخ العقد لحصول غلط من جانب واحد وجب على من وقع الغلط من جانبه أن يدفع تعويضاً للعاقب الآخر حسن النية بقدر الضرر الذي أصابه من جراء الفسخ . وقدر التعويض أى بقدر ما ضاع على العاقب حسن النية من المنفعة بسبب الفسخ .

١٢٩ - (٣) في الغلط الذى لا يعابيه : رأينا الغلط المفسد للعقد إفساداً مطلقاً وإفساداً نسبياً . والآن نتكلم على الغلط الذى لا يؤثر على العقد بشئ ما ويقع ذلك فيما يأتى : -

(١) - إذا وقع الغلط فى غير ماهو جوهرى فى مادة العقد^(١) كما إذا اشترت كتاباً مطبوعاً على ورق أصفر بينما كنت أريد أن يكون مطبوعاً على ورق أبيض^(٢)

(٢) - إذا وقع الغلط فى الباعث للعقد^(٣) إذ لا عبرة بالباعث لانه سابق على العقد وفى الغالب يظل مجهولاً لدى العاقب الآخر . والباعث هو مجرد نزعة نفسانية نظراً على صاحبها فيشتري لبيع أو يشتري لياكل أو يشتري ليسكن أو ليؤجر . هذا الدافع فى الشراء وهو البيع أو الإيجار أو السكنى ، دافع مجهول العقد الآخر لانه حركة نفسانية من الصعب تشخيصها تشخيصاً خارجياً وإظهارها الى عالم الوجود بحيث يمكن للعاقب الآخر اللام بها فى علم المادة والظهور^(٤)

١٣٠ - على أنه مع ذلك يجب أن يلاحظ ما يأتى :

أولاً - إذا ذكر الباعث بالعقد وألم به العاقب الآخر باعتباره شرطاً لقبول العاقب الاول جاز فسخ العقد لحصول الغلط : إذ الغلط فى هذه الحالة واقع فى مادة العقد أى فى محل العقد . لان العاقدين قررا بمحض ارادتهما أن نجعل الصفة العرضية للشئ صفة أصيلة له

ثانياً - من القواعد المقررة من قديم فى الهبة أن الغلط فى الباعث فاسخ لعقد الهبة إذا تبين أن الواهب جعل هذا الباعث سبباً للهبة . قل بذلك يوتيه وغيره

(١) qualité non substantielle (٢) قانون س : ٤٩٠، ٢٠٨٤ ومقال د ليون كان

Lyon-Caen . . . ٧٣٠، ١٩٣٤ - ١٩٣، ٣٦١ (٣) motif (٤) قانون د

٤٤٨، ١٩١١ - ٣٥٢، ١٤٩١

٣ - الغلط في سر الماقد لا يمكن اعتباره سبباً للفسخ

٤ - كذلك الغلط في قيمة الشيء لا يهض سبباً لفسخ العقد انما يجوز في أحوال مخصوصة عند حصول التبن^(١) طلب الفسخ طبقاً للشروط المقررة لمادة ٣٣٩/٤١٩ مدني لخاصة بالقاصر . ذلك أن يكون القاصر بائناً لمقار والتبن في أكثر من الجنس وأن تكون الدعوى خاصة بتكلمة التبن لا يفسخ العقد

على أن القضاء الفرنسي قضى في بعض أحكامه بتنقيص التبن لا بفسخ العقد إذا بيع محل تجارى^(٢) ويكون قد أخطأ المشتري في تقدير قيمة هذا المحل أى وقع في الغلط ، حتى لو كان البائع حسن النية ولم يقع منه غش أو تدليس ما^(٣) . إن هذا القضاء وإن كان مطابقاً للمدل إلا أنه مخالف للقانون . على أنه إذا أريد تبرير هذا الرأي وانتحال سبب قانوني له فإنه يمكن أن يقال في هذه الحالة بأن الغلط وقع من جانب المشتري في أخص أوصاف المبيع^(٤) ولكن إذا قيل ذلك ترتب عليه فسخ العقد لا تنقيص التبن

ب - في التدليس^(٥)

١٣١ - التدليس^(٦) هو ثاني العيوب المفسدة للرضا .

ارائه : التدليس هو كما قال بوتييه نوع من أنواع الخدعة^(٧) يستعين بها شخص للاضرار بآخر . ويعرفه « دو ما » بأنه هو مفاجأة شخص لآخر بأمر^(٨)

(١) lésion (٢) fonds de commerce (٣) د ، ٢٩٠ ، ٣١٠ ، س . ٩ ، ٢٩٦ ، ٢ (٤) qualité substantielle (٥) والفرق بين الكذب والتدليس ان التدليس يدخل الخدعة على الرجل المادى . وأما الكذب فن السهل معرفته . لذا كان التدليس عيباً يشوب العقد ، وأما الكذب فلا : استثناف م ٨ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ت ق ، ٢٨ ، ٤٨٠ ، ج ع ٣ من ٣٥٨ و ٣٧٢٢ . - والتدليس هو ما إذا ادركه الماقد قبل التعاقد : ج ع ٣ من ٣٥٧ و ٣٧٢٢ . - وما إذا حصل العقد بشروط قاسية على احد الماقدين مما يسبب عادة بشروط الاسد conditions léonines فلا تدليس . ج ع ٣ من ٣٧٢١ ، ٣٧٢٢ . - وشروط التدليس ان يجعل الماقد فيه ما ليس به عليه . فإذا كان عالماً به وتعاقد مع ذلك فلا تدليس : ن ٣٧٢٤ . ويجب ان يكون التدليس حاصلًا بغير مغبة : ن ٣٧٢٦ . - والسكوت لا يعتبر تدليسا ، الا اذا شابته وسائل احتيالية : ن ٣٧٢٧ . - وعلى من ادعى التدليس اثباته : مجموعة جال ج ، ن ١٥٤٣ (٦) dol (٧) artifice (٨) surprise

أو ادخال الغش عليه ^(١) أو التعمية عليه ^(٢) أو اخفاء شيء عنه ^(٣) أو بعبارة عامة استخدام وسيلة من الوسائل مع سوء النية لاجل ادخال الخدعة عليه وعلى ذلك يشمل التدليس العبارات الكاذبة ^(٤) والوسائل التدليسية ^(٥) سواء بالاستعانة بشهود كاذبين أو بوراق مزورة ويكون الغرض من ذلك إيقاع الشخص في الغلط وحمله على التعاقد . وعلى ذلك قد يعتبر مجرد الكذب كافياً في تكوين التدليس . والامر في ذلك يرجع للظروف التي أحاطت بالتقيد وما اعتاده الناس وألفوه من المادات والتقاليد

وما لا يدخل في التدليس بعض عبارات كاذبة ^(٦) تصدر من البائع في سبيل ترويح بضاعته لان التجارة قد تدعو الى شيء من ذلك وهو ما يسمى بالتدليس المشروع ^(٧) كما يقول الرومان . واذا وردت بمض الاعلانات ^(٨) أو النشرات ^(٩) المالية عبارات كاذبة لا نصيب لها من الحقيقة كالوعود الكاذبة ^(١٠) فلا تعتبر من نوع التدليس اذا لم تشبها وسائل احتيالية معينة ^(١١) . واذا تعاقد القاصر مع آخر أو وهم الأول الاخير بأنه بالغ فذلك لا يمنع القاصر من الاستفادة من الدفع بقصد أهليته (المادة ١٣٠٧ مدني فرنسي)

على أنه توجد أحوال خاصة يمكن اعتبار مجرد الاخبار الكاذب فيها تدليساً . فنلا اذا أكد البائع وجود صفة خاصة بالمبيع لفتت نظر المشتري اليها ثم تبين عدم صحتها اعتبر ذلك تدليساً من البائع . كذلك التعمد في عدم الاقرار بالحقيقة ^(١٢) يعتبر في بعض الأحوال تدليساً كما يحصل ذلك في عقد التأمين . فاذا تعمد المؤمن له ^(١٣) عدم الاقرار لشركة التأمين بلحقاق أو ذكر لها أموراً وكان من شأن ذلك كله التقليل من أهمية الهلاك أو تغيير نوعه اعتبر عقد التأمين باطلا (المادة ١٩٠ قمره ثانية من القانون البحري و٣٤٨ تجاري بحري فرنسي) ^(١٤)

(١) fraude (٢) finesse (٣) feintise (٤) affirmations mensongères (٥) machinations frauduleuses (٦) دموع ج ١ ص ٥٣٥ - ٦٠٧ ن ٣٢٨ - ٣٩٠ (٧) dolus bonus (٨) affiches (٩) prospectus (١٠) promises fa- (١١) laciuses (١٢) réticence (١٣) assuré (١٤) (١٤) دكتان ص ٢٨٤ - استشاف مخطوط ١٤ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ت ق ٣٩ ١١٤ فيها يتعلق بالتأمين

١٢٢ - وما يحصل التساؤل فيه ما اذا كان التدليس عيباً خاصاً يتميز عن عيب الغلط . ذلك لان التدليس يرمى به صاحبه الى ادخال الفس على العاقد الآخر . ويعمل على أن يجعله يعتقد بوجود شيء لم يكن موجوداً من قبل أو يخفى عنه الحقيقة . أى أن التدليس ينتهي في الحقيقة الى ايقاع العاقد في الغلط . وهذا ما جعل البعض يقول بضاد الرضاء في حالة التدليس بسبب الغلط الذى وقع فيه العاقد . والصحيح انه يجب تمييز التدليس عن الغلط . لانه في حالة التدليس يلاحظ أن التدليس وحده هو الذى يحول بين العاقد المدلس عليه . وبين الامام بالظروف الحقيقية للعقد ، فهو يجرمه من حرية التمييز كالا كراه سواء بسواء . وعلى ذلك فالتدليس يفسد الرضاء . وفى فسخ العقد المشوب بالتدليس مؤاخنة للعاقد المدلس على تدليسه وتذرعه بأعمال محققة . وبالتدليس ينشأ الغلط . وبه تنقائم نتائج الغلط . لذا كان للغلط الناشئ عن التدليس آثار أعظم من نتائج الغلط البسيط . ذلك لانه يصبح دائماً سبباً للفسخ ما دام انه اثر على العاقد المدلس عليه فجعله يتعاقد بناء على هذا التدليس . وعلى ذلك لذا وقع الغلط في الباعث ^(١) أو في يسر العاقد ^(٢) أو في قيمة الشيء ^(٣) . جاز فسخ العقد اذا كان الغلط بسبب التدليس أو بسبب الوسائل الاحتمالية التى قام بها العاقد المدلس

١٢٣ - التدليس الاصلى والتدليس المرضى : التفرقة بين التدليس الاصلى ^(١) والتدليس المرضى ^(٢) هى من أوضاع قدام المؤلفين وقد رجعوا فيها الى نصوص وردت بموسوعات جوستينيان ^(٣) . أما هذه التفرقة فهى ما يأتى :

مق كان التدليس عيباً يشوب الارادة فى التعاقد فلا يعتبر حينئذ سبباً للفسخ الا اذا اثر تأثيراً ظاهراً على إرادة العاقد ^(٤) . فذا لم يؤثر هذا التأثير الذى جعل العاقد يتعاقد بمقتضاه فلا يعتبر الرضاء مشوباً وعلى ذلك فلا محل للفسخ . وفى الحالة الأولى يسمى التدليس أصلياً وفى الحالة الثانية يسمى عرضياً . وهذا هو نفس ما قرره المادة

١٣٦/ ١٩٦ مدني و١١١٦ فرنسي - حيث قالت : « التدليس موجب لعدم صحة الرضا اذا كان رضا أحد المتعاقدين مترتباً على الخيل المستعملة له ^(١) » من المتعاقد الآخر بحيث لولاها لما رضى . « وعلى ذلك فالتدليس المفسد للعقد هو ذلك التدليس الذي كان سبباً في انعقاد العقد بحيث اذا لم يوجد لما انعقد العقد ، أى هو التدليس الأصلي ^(٢) » .

ولا يعتبر التدليس سبباً للفسخ اذا كان عرضياً أى أنه كان من نتائج مجرد تعديل الشروط العادية للعقد ، انما يجوز أن يصلح سبباً للمطالبة بتعويض . واذا كانت هذه التفرقة متممة مع المنطق والعقل واستند المقررون لها الى نصوص في الموسوعات الرومانية ، الا أنها على ما يظهر لا تخلو هي أيضاً من العيوب الخاصة بالحجاز والخيال ، اذ هي نظرية أكثر منها عملية : ذلك لأن التدليس يرمى دائماً الى التأثير على إرادة التعاقد سواء كان هذا التأثير ينتهي الى إقناع التعاقد بضرورة التعاقد أو الى إقناعه بضرورة القبول بشروط في العقد ما كان ليقبل بها لولا الخدعة التي احتال بها عليه المدلسون . ولا شك أن صريح التدليس لا يسه في الحالاتين الا أن يطلب تصحيح ما وقع ، وأسلم وسيلة هي الفسخ . ومن المتعذر كثيراً تكليف القاضي بالتمييز بين التدليس الأصلي الفاسخ وبين التدليس العرضي المبيح للتعويض . على أن القضاء الفرنسي سار في طريق الأخذ بهذه التفرقة ولم يبدأ بدقة التمييز بين نوعي التدليس ^(٣) .

... حد الأكراه ^(٤)

١٣٤ - الأكراه ^(٥) هو ثالث عيوب الرضا وهو عبارة عن وسائل الشدة ^(٦) طبيعية كانت أو أدبية ، التي يقوم بها صاحبها ضد شخص في سبيل الزامه كرهاً عنه على الرضا بالعقد ، أو هو كما يقول فتحي باشا زغول : « غصب الملزم

(١) manoeuvres pratiquées (٢) dolus dans causam contractui

(٣) (٤) ٢٠٧٩، ١٢٥ - س. ٢٥٧٩، ٢٤١ (٤) دمج ج ١ س ٤٨١ -

٥٣٣ ن ٢٩٢ - ٣٣٧. مكررة ٣ (٥) violence (٦) contrainte

على التعاقد بالارهاب «^(١) وهو على ذلك يصيب الرضاء ويفسده . ولا بد لذلك من شرطين :

(١) - يجب أن يكون الاكراه بحيث يؤثر على رجل يعقل ويعي أى أنه يجب أن يكون من الجسامة بحيث يؤثر على الشخص المميز مع مراعاة الظروف الخاصة . وفى ذلك تقول المادة ١٣٥ / ١٩٥ مدينى ١١١٢ - ١١١٣ فرنسى ما يأتى : « لا يكون الاكراه موجباً لبطالان المشاركة الا اذا كان شديداً بحيث يحصل منه تأثير لنوى التمييز مع مراعاة سن العاقد وحالته^(٢) » ولذا كورة والأثوثة^(٣) » ومجرد هيبه الأقارب لا تعد اكراهاً .

والاكراه مفسد للعقد سواء كان واقعاً على نفس العاقد المكروه أم على أحد من يؤثرهم كزوجته أو ولده أو صديقه^(٤) » وسواء كان ذلك الاكراه مادياً بتهديد العاقد المحنى عليه بايذائه شخصياً أو بايذاء من يؤثره ، أم معنوياً بتهديده مثلاً بتبليغ الجهة المختصة بأمر يخشى منه على المبلغ ضده . والمسألة موضوعية يرجع فيها الى تقدير القاضى وكان الرومان يتشددون فى شروط الاكراه المفسد للرضاء . فقد كانوا يشترطون فيه ان يكون من شأنه أن يهز ويحرك أكثر الناس شجاعة . فجاءت المادة ١٣٥ مدينى وخففت من هذه الفلواة وقررت : « مع مراعاة سن العاقد وحالته والذكورة والأثوثة » فذا وقع الاكراه بواسطة تخويف المحنى عليه بواسطة مسائل سحرية وسلم المحنى عليه بما اكروه عليه اعتبر ذلك اكراهاً بالمعنى القانونى . ولا يقبل من مرتكب الاكراه ادعائه بان مثل هذه المسائل السحرية مما لا يجوز تصديقه لدى شخص عاقل مميز . ذلك لان مثل هذا التخويف بالمسائل السحرية ، مع كونها فى الحقيقة مما لا يعبأ بها ولا يلتفت اليها ، الا انه من شأنها ان تؤثر على البسطاء من الناس . وبالعكس اذا كانت وسائل الارهاب والتخويف من شأنها ان تؤثر على رجل عاقل مميز فانه يجوز فسخ العقد بناء على ذلك حتى ولو ادعى صاحب الاكراه بان خصمه على درجة عظيمة من الذكاء والفطنة النادرة بحيث لا تتطلى عليه هذه الوسائل .

(١) فى مخرج المدنى من ١٣١ (٢) sa condition (٣) sexe (٤) ١١١٢ مدينى
فرنسى - نى مجلس ج ١ من ٤٨٥ ن ٤٣ - قضى بإشغال لول من ١٣٢

٢ - يجب أن يكون الأكراه ظلماً أى يكون بغير حق^(١) أو أن يكون غير مشروع^(٢) وعلى ذلك لا يعتبر أكراهاً مجرد احترام البناء لأبائهم (المادة ١١١٤ مذهبى فرضى) ومما يدخل تحت هذا الشرط الأمثلة الآتية :

هدد دائن مدينه بالحجز عليه اذا لم يقدم ضماناً له . هدد رب العمل مستخدماً عنده بانه اذا لم يمض على ورقة يقرر فيها اشتغال ذمته بالمبلغ الذى اعترف بتبديده ، قاله يبلغ اليوليس والنيابة للقبض عليه . فى هاتين الحالتين لا يحل القول بجواز فسخ السند لان الحجز والشكوى المهدد بهما المدين هما نتيجة حتمية وشرعية للحق الذى ترتب بمعرفة المدين للدائن . على انه يجب مراعاة الظروف التى احاطت بالاعتراف ، فلذا حمل رب العمل على الحصول على اكثر مما يستحق بما يزيد عن مقدار الضرر الذى اصابه جاز الفاء التعهد^(٣) وكذلك اذا هدد الدائن مدينه بشهار افلامه اذا لم يعترف له بالدین واعترف له فعلا فان ذلك الاعتراف بالدین كتابة لا يعتبر مشوباً بالأكراه^(٤)

١٣٥ - وما الحكم اذا أخذ شخص سنداً على آخر بمبلغ جسيم وكان السبب فى اخذه خطراً محققاً بالمدين لا ينقذه منه الا ذلك الشخص ؟ مثال ذلك اشرف مركب على الفرق فاستغاث بمركب آخر فأبى ربان هذا الاخير ان يعمل على انقاذه الا اذا حرر ربان المركب المشرف على الفرق سنداً بمبلغ جسيم ؛ المفقى به ان هذا الظرف هو من اكبر مظاهر الأكراه^(٥) ولكن ألا يلاحظ مع ذلك ان المنتقد لم يستعمل وسيلة ما من وسائل الأكراه لان كل ما هدد به اتما هو عدم القيام بالانقاذ الذى لم يكن ملزماً به من قبل ؛ اذا قيل هذا فانه لا يشفع مع ذلك فى عدم اعتبار هذا التشدد من جانب المنتقد اكراهاً بالمعنى الصحيح لان المركب الفارق يصبح بين عاملين : اما امضاء السند واما الترقى ، وهو لا يملك فى ذلك حرية فى توجيه الارادة وتصرفها تصرفاً حراً غير مشوب .

(١) injuste (٢) illicite (٣) ١٠٣٠ ، ١٠٩١٧ ، د (٤) اشتغال م ١٦

ديسمبر سنة ١٩٩٦ م ت ق ٩٠ - ٥٨ (٥) كولين وكاتيان ج ٢ ص ٢٨٩

وكان الرومان لا يبيحون استرداد المبلغ المدفوع بناء على وعد في حالة ما اذا كان الواعد بالمبلغ قد طلب النجدة حتى يفلت من أيدي أعدائه أو من أيدي قطاع الطريق ، لأن قيمة المبلغ لا تصح أن تكون محلاً للجدل وذلك نظراً لأهمية العمل الذي قام به من لبي طلب النجدة ، أما القوانين الحديثة فإنها لا ترى الأخذ بهذا التشدد في عدم تعديل المبلغ . وسبق لبوتييه أن قرر انه اذا ظهر أن المبلغ منالى فيه جاز تنقيصه . وحكم القضاء الفرنسي في الاوقات الحاضرة^(١) بفسخ العقد المأخوذ على ربان السفينة المشرنة على الفرق والتي استنجدت بسفينة أخرى فلم يقبل ربان هذه السفينة الاخيرة انقاذ الاولى من الفرق الابعده أن أخذ سنداً على ربانها بمبلغ جسيم . واستند القضاء في ذلك الى أن الربان المدين لم يرض على السند الا وهو مكره بعد أن عيل صبره في تنقيص المبلغ ولم يفلح فاضطر الى تحمل هذه الضرورة وهو الشرط الذي أملاه عليه ربان الباخرة المنتقدة بعد أن انتهز هذا الربان سوء موقف ربان السفينة وخرج مركزه^(٢)

٥ - - في المقارنة بين التدليس والاكراه

١٣٦ - التدليس لا يخرج عن كونه مجرد أعمال احتيالية يراد بها التأثير على على ارادة العاقد من غير ضرورة استمالة الشدة والتهديد . وهو في الواقع وسيلة اقناعية يلجأ اليها المدلس لادخل الخدعة من طريق الجدل وافساد المنطق الصراح . وأما الاكراه فهو على خلاف ذلك . اذ بالتهديد المادى أو الأدبى تتجلى مع ذلك حقيقة الواقع المعجنى عليه فلا تنشود أماءه ولا تنيب عنه صورتها ، انما هو يرى الأفضل الرضاء بما اكراه عليه حتى لا يقع في محذور ما يهدده به المكروه . فالتدليس تعمية على الحقيقة ومسوخ لها . والاكراه يترك الحقيقة كما هي ولا يمسها وانما يعمل على الزام العاقد لرضاء بها جبراً عنه . وسواء شوهدت الحقيقة على العاقد من طريق التدليس فرضى بالمقد أو اكراه على الحقيقة بالتهديد فتناقد ، فالرضاء في الحالتين فاسد لارتقاع حرية التناقد الصحيح

فإذا اختلف التدليس والاكرام من حيث الأصول الجوهرية لهما فلهما مختلفان أيضاً في مسألة أخرى وهي مصدر التدليس والاكرام أى من حيث شخصية المدلس والمكروه.

ذلك انه في حالة الاكرام يجوز الفسخ سواء كان الاكرام آتياً من جانب العاقد المكروه أم من جانب غيره وسواء كان العاقد شريكاً للغير في الاكرام أم لم يكن شريكاً له بعكس التدليس فانه لا يصلح سبباً للفسخ الا اذا كان صادراً من نفس العاقد المدلس فاذا وقع التدليس من الغير فلا يؤثر على العقد . انما يجوز لمن ذهب ضحية التدليس أن يطالب هذا الغير بتعويض

١٢٧ - في أصل هذه التفرقة وفي تبريرها : ان الرومان هم الذين قلوا بها

ونقلها عنهم القانون الفرنسى بالمادة ١١١٦ اذ قررت هذه المادة ما يأتى « يعتبر التدليس سبباً لفسخ العقد اذا وقعت الأعمال الاحتمالية من جانب أحد العاقدين بحيث يتضح انه لولا وقوعها ما تعاقد العاقد الآخر . ولا يؤخذ في التدليس بالظن بل يجب اثباته » . ويرى الناقدون انه لا معنى لأبنة لهذه التفرقة بين الاكرام الحاصل من الغير والتدليس الحاصل من هذا الغير ، ما دام أن الافصاح عن الارادة في التعاقد قد أصبح مشوباً في الحالتين^(١) ولكن الآخذين به يرجعون في تبريرها الى اعتبارات الآتية : يقولون إنه اذا كان التدليس واقعاً من الغير فليس للعاقد المجنى عليه حينئذ حق واخلدة العاقد الآخر عن هذا التدليس الذى لم يكن له ضلع فيه ولا يعتبر مسئولاً عنه ما دام أن اتهم به شخص آخر لا تربطه به صلة ما . فاذا صح هذا التعليل في حالة التدليس فهل لا يصح أيضاً نفس هذا التعليل في حالة الاكرام الحاصل من الغير والذى لم يحصل من العاقد ؟ يجيب المجنون للتفرقة على ذلك بان العاقد المجنى عليه في الاكرام لا يملك من حرية التفكير والتمييز ما يملكه العاقد المجنى عليه في التدليس . اذ يمكن لهذا الاخير الافلات من خطر الخدعة المحدقة به اذا أنعم النظر ودقق الفكر فيما قيل له . وهذا على خلاف العاقد المهتد بالاكرام فانه في الغالب ينزل على ارادة المهدد له جبراً عنه وكرهاً منه

١٣٨ - ويقضى القضاء الفرنسي بما قرره المادة ١١١٦ مدنى فرنسا من التفرقة بين الاكراه والتدليس فيما يتعلق بالمصدر . اذ قضى بأنه اذا أعمرت شركة وأصبحت فى حالة عوز ^(٢) وجاء وكيل الدائنين ^(٣) لهذه الشركة وطالب أحد المكتنين ^(٤) فى أسهم هذه الشركة بدفع قيمة هذا السهم وادعى هذا المشترك بان مدير الشركة ^(٥) خدعه فى هذه الصفقة ، فلا يقبل منه هذا الدفع لان هذا التدليس وان صح وقوعه من قبل مدير الشركة فان الماهمين ^(٦) مسئولون مباشرة امام دائنى الشركة ويستبر هؤلاء الآخرون أجانب ^(٧) بالنسبة لمدير الشركة ^(٨) وكذلك لا يقبل دفاع المشترك فى أسهم الشركة اذا ادعى بان تحويل السند اليه وهو التحويل الذى أصبح بمقتضاه مالكا لسهم الشركة ، قد شابه تدليس ، اذ لا يصح هذا الدفاع منه بما اذا قاضته به الشركة بشأن تحويل هذا السهم لان التدليس المتقول به واتم من الغير

١٣٩ — وما القول بشأنه القانون المصري ٤: رأينا أن المادة ١١١٦ مدني فرنسي تقول بشرط التدليس الواقع من أحد الماقيدين . أما المادة ١٣٦/ ١٩٦ مدني المصرية فانها لم تقل بذلك بل صاغت عبارتها بشكل عام بحيث يمكن أن تصلح

(١) كوليف وكاتان ج ٢ ص ٢٨٨ (٢) déconfiture . والاغلب خاص بالتجديد في فرنسا ومصر وكثير من البلاد الاخرى والاعمال لفظ علم ينصرف الى كل من لا يستطيع الرضا بما عليه من الديون ولو لم يكن تاجرا . (٣) syndic (٤) souscripteur d'action (٥) tiers (٦) les actionnaires (٧) gérant (٨) وهذا هو ما يقصده ايضا القضاء المصري (استئناف م ١٠ مايو سنة ١٩١٢م ب ق ٢٢ ص ٣٣١) (٩) (٣٩)

أداة للأخذ بمذهب الناقدين لمذهب التفرقة وربما تأيدت هذه المادة ١٣٦ بالمادة ١٣٣ مدنى مصرى ، لأن هذه لم تشرهى أيضاً إلى التفرقة بل وردت عباراتها عامة . كذلك ربما تأيدت المادة ١٣٦ بالمادة ١٣٥/ ١٩٥ مدنى مصرى الخاصة بالأكراه اذ لم تشر الى الاكراه الحاصل من الغير كما فعلت ذلك ، المادة ١١١ مدنى فرنسى التى أشارت الى جواز فسخ العقد اذا وقع الاكراه من الغير أى من أجنبي عن العقدين .

فهل مع هذا التعميم فى المواد المصرية ، ومع التبيين فى المواد الفرنسية ، يصح عدم الأخذ بالتفرقة الرومانية الأصل والفرنسية التجنس ، أو أن عدم الأخذ بالتفرقة مخالفة لأمر واقع وهو أن الشارع المصرى نقل تشريعه عن الشارع الفرنسى ، وأنه وإن كان لم ينتقل عباراته حرفاً بحرف فيما يتعلق بالإشارة إلى التفرقة ، فإنه فى الحقيقة لم يرد مخالفتها ؟

١٤٠ - "فقہ مصرى" : يشترط دى هلس^(١) أن يكون التدليس واقعاً من العقاد الآخر نفسه . وأنه لا يعبأ بالتدليس الحاصل من الغير ، الا اذا كان العقاد الآخر شريكاً للغير الذى دلس ، أو كان المدلس هو وكيل العقاد الآخر (أى العقاد المدلس لأجله لا المدلس عليه) . ولم يشترط دى هلس مطلقاً الى نقد نظرية التفرقة ولا الى احتمال جواز الأخذ بعدم التفرقة مع هذا التعميم الملاحظ فى المواد المصرية . وكذلك فعل فتحى بشا زغلول^(٢) فإنه قال بما قال به دى هلس ولم يلاحظ هو الآخر ضرورة الإشارة الى نقد التفرقة والمباراة العامة للمواد المصرية

١٤١ - "قضاء مصرى" : رأينا الاستئناف المختلط بحكم ١٥ مايو سنة ١٩١٢^(٣)

يقضى بأن التدليس الواقع من الغير على المشترك فى أسهم شركة لا يصح أن يكون حياً لنسخ عقد شراء هذه الأسهم . أى أن القضاء المصرى يرى هو الآخر كما يرى الفقہ المصرى أنه يشترط فى التدليس الفاسخ للعقد أن يكون حاصلاً من نفس أحد العقادين لا من الغير . وقد ورد بأسباب ذلك الحكم ما أتى : . وحيث أنه من المقرر

(١) ج ١ ص ٢١٢ ذ ٦٤ (٢) شرح المدنى ص ١٢٢ (٣) م ت ب ٢٤٠ ، ٢٤١

أن التدليس لا ينتج سبباً لمسح العقد^(١) إلا إذا وقعت الأعمال التدفيسية من جانب الشخص نفسه الذى استفاد من العقد (المادة ١٩٦ مدنى مختلط قابل المادة ١١٢٦ مدنى فرنسى) ومن غريب أمر هذا الحكم أنه يجعل المادة ١٩٦ مدنى مختلط (المطابقة تماماً للمادة ١٣٦ مدنى أعلى) مشابهة للمادة ١١١٦ مدنى فرنسى مع وجود هذا الفرق الهائل فى التعبير بين الاثنين كما يئناه

وان كان رأى الفقه والقضاء المصريين كما رأينا الا أننا لا نستطيع ترك النصوص المصرية وعلى الأخص المادة ١٣٦ / ١٩٦ مدنى مع عباراتها العامة ، من جانب ، ومع قيام الناقدين لنظرية التفرقة بين الاكراه والتدليس من جانب آخر ، وهو هذا النقد الذى قال به كولين وكابتن^(٢) ، قلنا لا نستطيع مع هذه الظروف كلها أن نمر على هذه المادة ١٣٦ / ١٩٦ المصرية دون أن نوفيها نصيبها من البحث على ضوء نقد الناقدين وبما أنه لا محل قانوناً وعقلاً لهذه التفرقة بين مصدر الاكراه ومصدر التدليس سوى رغبة الأخذ بالتقاليد القانونية الرومانية ، لان النتيجة فى الاكراه والتدليس بصرف النظر عن مصدرهما ، ان هى الا فساد الرضاء وجعله مشوباً ، فانا لذلك نميل فى الأخذ بنظرية الناقدين . وأكبر مسند لنا هو العبارات العامة للنصوص المصرية . وليس ببعيد أن يكون الشارع المصرى قد أراد الاخذ بالتسوية بين الاكراه والتدليس مادام انه لم يشر مطلقاً لافى مادة الاكراه (المادة ١٣٥ / ١٩٥ مدنى) ولا فى مادة التدليس (١٣٦ / ١٩٦ مدنى) الى أن الاكراه مفسد للعقد حتى ولو صدر من غير أحد العاقدين ، وأن التدليس لا يكون مفسداً للعقد الا اذا صدر من أحدهما ، كما أشار الى ذلك ، القانون الفرنسى للمادتين ١١١١ فيما يتعلق بالاكراه و ١١١٦ فيما يتعلق بالتدليس

هذا وما يجعلنا نميل الى الاخذ بنظرية الناقدين أن القضاء الفرنسى نفسه والفقهاء المصرى أيضاً كما لاحظنا ذلك على دى هلس ، أحذا بخفان من شدة المبدأ القائل بالتفرقة ، وذلك :

١ - اذا كان من نتائج التدليس الحاصل من التدليس على أحد العاقدين أن أمر

تأثيراً ظاهراً على رضائه بأن يحا فيه الرضاء محوّاً تماماً أو أثر عليه تأثيراً مفسداً له ،
 جز مع ذلك طلب فسخ العقد ^(١)

٢ - كذلك في الهبة بين الاحياء فلها تبطل اذا شابها تدليس واقع من الغير

٣ - وكذلك في الوصية ^(٢) اذ يجوز ابطالها اذا شابها تدليس من الغير

ه - في التبن ^(٣)

١٤٢ - التبن ^(٤) هو الضرر ^(٥) الذي يصيب العاقد عند قبوله بعمل
 قانوني . ولا يفهم التبن الا في العقود بعوض . أما العقود بلا عوض فكقد الهبة فلا
 يعمل فيها على التبن . وفهم التبن أيضاً في العقود المؤكدة ^(٦) ولا يفهم في العقود
 الاحتمالية ^(٧) . لان العقود المؤكدة هي ما تنساوى فيها المنافع في نظر السكافة
 كالأجارة والمراضة وأما العقود الاحتمالية فهي التي يتعذر فيها أو يتعسر معرفة
 النسبة بين قيمتي التعهدين كما في المرتبات المقررة ^(٨)

والاصل ان التبن الفاحش لا يفسد العقد ما دام أن العاقد كان وقت العقد
 متمتصاً بحرية أو ارادة التعاقد فكان له الامتناع عن التعاقد . أما وقد تعاقد فلا
 يلزمه الا نفسه أى انه اذا نظر الى التبن من وجهة التوازن بين ما خرج من مال
 العاقد وما عاد عليه من المنفعة ، أى من الوجهة المادية للعقد ^(٩) ، وتبين أن غبناً
 فاحشاً أصابه ، فلا يجوز له في هذه الحالة طلب فسخ العقد . وأما اذا نظر الى التبن
 الفاحش من الوجهة الشخصية للعاقد ^(١٠) باعتبار انه خدع في العقد بل أن دلس عليه
 أو وقع هو في الغلط ، فانه يجوز له في هذه الحالة طلب الفسخ ، وليس أساس الفسخ
 هنا هو التبن بذاته ومادته ^(١١) ، بل أساسه ما قلّم بالشخص الذي أصابه التبن من
 الظروف الشخصية الخاصة به ، أى التبن الشخصي ^(١٢)

١٤٣ - قلنا ان التبن في ذاته أى التبن المادى لا يصلح أن يكون سبباً

(١) كولن وكاتان ج ٢ ص ٢٨٨ (٢) legs (٣) دموج ج ١ ص ٦٦٩ - ٦٩٥ في
 ٣٩٩ - ٤٦٢ مكررة (٤) lésion (٥) préjudice (٦) contrats commutatifs (٧)
 (٨) كولن وكاتان ج ٢ ص ٢٨٩ - فتحى بإشأ زغول ص ١٣٤
 ١٤٧ و. (٩) objectively (١٠) subjectivement (١١) lésion objective (١٢)
 lésion subjective

للفسخ . ولكن الرومان أجازوه في موضعين من طريق الاستثناء للقاعدة العامة : أجازوه في حالة القاصر الذي لم يبلغ الخامسة والعشرين ^(١) بأن أباحوا له حق رفع دعوى المطالبة برد الشيء إلى أصله ^(٢) إذا أصابه غبن من تعاقد مع الغير . وأباحوه في حالة البيع بغبن بوجه عام

وقرر علماء فرنسا السابقون على وضع قانون سنة ١٨٠٤ الأخذ بالنين الفاحش ^(٣) في طلب الفسخ إذا وقع النين في النصف وزيادة في بيع العقار وقصروه على البائع . ثم رغبوا في الأخذ بهذه القاعدة في العقود المؤكدة بوجه عام . وقال بذلك بوتيه . ١٤٤ - ولما جاء قانون سنة ١٨٠٤ الفرنسي لم يشأ أن يأخذ بهذه القاعدة المتقدمة وقرر بأن النين لا يفسخ العقود . وذلك لأن للعاقدين وقت العقد حق التعاقد وحق الامتناع عنه

على أن القانون الفرنسي استثنى من هذه القاعدة التي قررها أحوالاً رجع فيها إلى اعتبارات خاصة ببعض الأشخاص (المادة ١١١٨) . ويريد بالاعتبارات الشخصية حالة القاصر (المادة ١٣٠٥) وأما الاعتبارات الأخرى فترجع للعقود الآتية : -

- (١) يعتبر النين سبباً فاسخاً للعقد في حالة بيع عقار لمصلحة البائع فقط ، إذا زاد النين على $\frac{1}{4}$ من الثمن (المادة ١٦٧٤ وهي خاصة بالبيع)
- (٢) يؤخذ بالنين في حالة التهمة إذا زاد عن الربع (المادة ٨٨٧) وأساس هذه القاعدة أن المساواة هي روح التهمة
- (٣) يؤخذ بالنين في حالة قبول الوارث التركة إذا استغرقت بالوصايا العديدة (المادة ٧٨٣)

أي أن القانون الفرنسي قرر بطريقة عامة عدم الأخذ بالنين في فسخ العقود ، وأكد ذلك بالمادة ١٧٠٦ الخاصة بالبدل ^(٤) حيث قرر بأنه « لا يؤخذ بالنين في حالة عقد البدل » . وبالمادة ٢٠٥٢ فيما يتعلق بالصلح حيث قرر بأن عقد الصلح

lésion (٢) restitution in integrum (٢) mineur de vingt-cinq ans (١)
échange (٤) enormis

هذا هو حكم النخب في القانون الروماني والقانون الفرنسي بدوريه قبل سنة ١٨٠٤ و١٨٠٤ سنة ١٨٠٤.

بين الغبن البسيط والغبن الفاحش والغبن الفاحش المشوب بالتفجير

فالذين البسيط لا يعبأ به لانه لم يخرج عن مهارة المتعاقدين في التبايع وهي
المهارة المشروعة

والشبن الفاخس هو ما لا يدخل تحت قويم القومين (المادة ٤٣٨ ققرة ٣ من مرشد الحيران) . وحكمه ان لا يفسخ عقد البيع الا في مال الصغير ومال الوقت ومال بيت المال (المادة ٤٣٩ من مرشد الحيران)

والذين الفاحش المشوب بالتفريز هو الذين المصحوب بالتليس على المشتري وحكمه فسخ عقد البيع (المادة ٤٣٨ من مرشد الحيران الفقرة ١) ولا ينتقل هذا الحق لورثة المنيون (المادة ٤٤٠ من مرشد الحيران) ويؤول بتصرف المنيون بعد علمه به (المادة ٤٤١) . وهلاكه عليه (المادة ٤٤٢)

ويفهم من ذلك كله ان القين لا يؤخذ به في الشريعة الاسلامية الا في حالة البيع
وعند ما يكون غيباً فاجساً بتغير أو بغير تغير

الى اثنين الا في المواد ٣٣٦/ ٤١٩ مدني و ٣٣٧/ ٤٢٠ مدني : وقررت اولاً بما جواز الأخذ بالتين بالشروط الآتية : أن يكون العقد عقداً بيع . والمبيع عقاراً والباقي مضموراً : والتين يزيد عن الخمس . والفرض من الدعوى المطالبة بتسكلة التين ، وقررت ثانياً ان الدعوى تسقط بمضي سنتين من تاريخ بلوغ القاصر أو من تاريخ وفاته (٢)

(١) د. ١٠٩٠ هـ - ١٠٩١ هـ - ١٠٩٢ هـ (٢) شرح الدين الفاضل
 طه في غرر من ٢٥٢ - ٢٥٣ ج ١ من كتاب المقود ص ١٦ - ١٧ ١٧٩ ١٨٣

هذا ونلاحظ ان المادة ٢٣٥ / ٣٠٠ مدنى التى تقول بان الغبن يمثل القيمة التى قدر المتعاقدان بها البيع لاتريد الاشارة الى الغبن حتى يقال بان الغبن مأخوذ به بوجه علم فى حالة البيع . بل غرض هذه المادة الاشارة الى استبعاد الغبن التافه ^(١) . وأما الغبن التافه فهو ما لا تناسب مطلقاً وبأى كيفية بينه وبين قيمة المبيع كيث يجنيه واحد ^(٢)

وعلى ذلك فالشارع المصرى لا يأخذ بالغبن ولا يعتبره سبباً للمقود الا فى حالة القاصر بشروط المادتين ٣٣٦ و ٣٣٧ مدنى فقط . وهو يتحد مع الشارع الفرنسى فى تقرير هذه القاعدة بوجه علم . ولكنه يختلف عنه فيما يأتى :

(١) إن الشارع المصرى لا يأخذ بالغبن فى حالة ما اذا كان المبيع عقاراً وكان الغبن زائداً عن ^٣ ٣٣ (المادة ١٦٧٤ فرنسى) . هذا العقد جائز الفسخ فى القانون الفرنسى وغير جائز الفسخ فى القانون المصرى

(٢) لا يأخذ الشارع المصرى بالغبن فى حالة القسمة اذا زاد الغبن عن الربع (المادة ٨٨٧ فرنسى) . بل وردت المواد ٤٤٠ — ٤٦٢ مدنى الخاصة بالقسمة دون الاشارة الى حكم المادة الفرنسية . وعلى ذلك لا محل لفسخ عقد القسمة فى مصر بلغ الغبن ما بلغ

وان كان الشارع الفرنسى قد أيد نظريته العامة فى عدم الاخذ بالغبن فى غير الاحوال المستثناة ، قد أيد ذلك أيضاً بالمادتين ١٧٠٦ الخاصة بالبدل و ٢٠٥٢ الخاصة بالصلح ، ولم يرد لأولاهما مثيل فى القانون المصرى . الا انه لا يمكن ان يقال بان الشارع المصرى أراد مخالفة الشارع الفرنسى بل يجب القول طبقاً للقواعد العامة المقررة بمصر انه لا يؤخذ بالغبن كسبب فى الفسخ وما يؤيد ذلك ان الشارع المصرى قرر بالمادة ٢٥٧ / ٥٣٥ مدنى الخاصة بالصلح ما قرره المادة ٢٠٥٢ فرنسى أى لا يضمن فى الصلح الا بالغلط والغش وتزوير الادراق وهى سنده الصلح أى انه لا يجوز الطعن بالغبن .

(١) راجع النسخ الفرنسى لقاعدة المصرية منه لان الكلمة العربية لم تأت بهذا التفسير الذى اخذت عن النسخة الفرنسية المصرية (٢) شرح التبع لحنى باشا عيسى ص ٢١١ ل ٦٥

هذا ونرى أن القانون المصرى لم يخالف الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالغبين .
 لانهما يتفقان فى أن الغبن لا يصلح سبباً لفسخ عقد البيع (البيع قطع) الا اذا كان
 ظاهراً ومشوباً بالتغريب . والتغريب فى الشريعة هو التدليس فى القانون . أى أن السبب
 الحقيقى لفسخ ليس هو الغبن فى ذاته أى الغبن المادى ^(١) بل السبب فى الفسخ هو
 التدليس أى الغبن الذى يرجع لاعتبارات شخصية أثرت على المشتري ^(٢)

١٤٧ - الغبن فى قانون العقوبات المصرى : اذا كان الغبن لا يؤخذ
 عليه فى القانون المدنى الا فى أحوال خاصة فانه مؤاخذ عليه فى قانون العقوبات اذا
 شابته طرق احتيالية حتى أصبح نصباً ، اذ يعاقب عليه القانون مهما قل الغبن ، حتى
 لو حصل شروع فى الغبن (المادة ٢٩٣ / ٣٠٢ عقوبات و ٤٥٥ فرنسى) . أما اذا كان
 المحنى عليه أقل من ثمانى عشرة سنة أو امتدت الوصاية عليه وانهز الغير فرصة احتياجه
 أو ضعفه أو هوى نفسه وحصل منه أضراراً به على كتابة أو ختم سندات تمسك أو
 مخالصة متعلقة باقراض أو اقتراض مبلغ من النقود أو شيء من المنقولات الخ مهما
 كانت طريقة الاحتيال اعتبر ذلك أمراً يعاقب عليه القانون (المادة ٢٩٤ / ٣٠٣
 عقوبات و ٤٠٦ فرنسى)

هذا وقد ادخل الشارع المصرى سنة ١٩١٢ نصاً جديداً بقانون العقوبات
 (القانون رقم ١٢ فى ٨ يونيو سنة ١٩١٢) وهو المادة ٢٩٤ مكررة بأن كل من انهز
 فرصة ضعف أو هوى نفس شخص مهما كانت سنه وأقرضه قوداً بأي طريقة كانت
 جهالة تزيد عن الحد الأقصى المقرر قانوناً ، يؤاخذ جنائياً وكذلك المتنازل على
 الاقتراض بلربا الفاحش (المادة المذكورة)

١٤٨ - هذا وقد قرر الشارح الفرنسى بقانونه الصادر فى ١٢ مارس ١٩٠٠
 مؤاخفة من يسرق فى بيع أوراق البورصة بهماً مؤجلاً وقرر قانون ٨ يوليو سنة ٩٠٧
 الفرنسى حماية المزارعين ضد تجار السباح .

وعلى ذلك فإن الشارحين الفرنسيين لا يرون فى هذا كله الكفاية بل يلحون على

ضرورة التشريع لاجل حماية البسطاء من الفلاحين والقرويين الذين يستهفون لمصائد المحتالين الذين يحتالون عليهم ويبيعون لهم أشياء بائعاً عالية . ويرون أن هذا الاحتيال صورة من صور الربا الفاحش فيؤاخذ عليه بجزمته ^(١) . ويلاحظ أيضاً في التشريع لعمل حتى لا يضار هؤلاء في عقد العمل الذي يقدونه مع رب العمل ، وعلى الاخص العمال الذين يشتغلون في بيوتهم

١٤٩ - **الفصل والقانون المفرد** : يظهر ان الشرائع الفنية لم تشأ أن تترك فراغاً في قوانينها دون الاشارة الى التعنين وحماية من يقع فيه . ذلك أن المادة ٢١ من قانون الالتزامات والسويزى الصادر سنة ٩١٢ قررت أنه « اذا اختل التناسب اختلالاً ظاهراً بين ما التزم به أحد الماقدين وما التزم به الآخر جاز للعقد المفقون المطالبة في ظرف سنة بفسخ العقد واسترداد ما دفعه ، وذلك فيما اذا كان التعنين قد وقع بسبب ما نزل به من الضيق أو بسبب طيشه أو قلة تجربته . ويتبدى سريان السنة من وقت انعقاد العقد . »

وقرر القانون الالمانى في المادة ١٣٨ ما يأتى : « العمل القانونى المخالف للعادات الحسنة باطل . وكذلك يبطل العمل القانونى اذا استعان به الشخص فى انهزام احتياج الغير وطيشه وعدم تجربته وحصل بمقتضاه لمصلحته أو لمصلحة آخر على التبادل فى التزام ، أو على الحصول على وعد منه بالقيام بأداء أعمال تتعلق بالمال ومن شأنها أن تزيد عن القيمة الحقيقية . ومع ملاحظة ظروف العقد يمكن الوقوف على اختلال التوازن اختلالاً ظاهراً بين الالتزامين »

هذا هو شأن التشريع المقارن . ولكن هل من السهل التسليم بهذا المبدأ المقاتل بالتعنين فى كل حالة يختل فيها التوازن بين الالتزامين المتبادلين ؟ أليس فى الأخذ به صبغة زكوى على الفاضى وخطورة على دورة الاعمال بين الناس ؟ هذا هو ما يشك فيه

(٢) محل العقد

١٥٠ - **محل العقد** : القانونى الذى يجرى العقد بالمادة ٩٥ / ١٩٤ مدنى وأشار اليه

القانون الفرنسي للمواد ١١٢٦ - ١١٣٠ . وقررت المادة المصرية ما يأتي : « يجب أن يكون الغرض (١) من التعهد (٢) فعلاً ممكناً (٣) جائزاً (٤) والا كان باطلاً . فإذا كان الغرض منه إعطاء شيء (٥) وجب أن يكون ذلك الشيء مما يجوز التباعد فيه (٦) ولزم تعيينه (٧) ولو بالنوع (٨) وأن يكون صنفه (٩) ميئاً (١٠) بكيفية تمنع الاشتباه على حسب الأحوال » . وعبارة « بكيفية تمنع الاشتباه » قد أوردتها المترجم من عنده تفسيراً لكلمة ميئاً .

وهذه المادة المصرية اشتملت بوجه التقريب على ما قرره المواد الفرنسية ١١٢٦ - ١١٣٠ ماعدا المادة ١١٣٠ الخاصة بعدم جواز التنازل عن الحق في التركة التي لم يتوف صاحبها بعد ، وبعدم جواز التعاقد بشأن تركه لازال صاحبها حياً برزق حتى وفاته هذا الأخير على التعاقد . لأن هذا المنع ورد بالقانون المصري في البيع (المادة ٢٦٣ / ٢٣٢ مدني)

١٥١ - والغرض من محل العقد هو نفس الالتزام الذي يفرض على كلا المتعاقدين أو على أحدهما فقط أي الشيء المطلوب تسليمه أو العمل المطلوب إنجازاً أو الامتناع عنه لأن العقد هو العمل القانوني (١١) الذي يراد به تقرير التزام يتحمل به المتعاقدان أو أحدهما كما ذكرنا . فمحل العقد في الواقع هو محل الالتزام والالتزام هو أثر العقد . والشيء والعمل والامتناع كل ذلك هو محل الالتزام . ودلى ذلك يمكن القول بأنه ليس للعقد محل (١٢) بل محل العقد الذي يقولون عنه هو محل الالتزام بالذات . وبالإيجاز فمحل العقد هو نفس الالتزام المحمل به طرفا العقد أو أحد الطرفين وعلى ذلك لم تصب المادة ١١٢٦ مدني فرنسي في قولها بأن « لكل عقد محل ينحصر في شيء يلتزم بتسليمه أحد الطرفين أو تعهد أحد الطرفين بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل » لانه يراد بمحل العقد كما ذكرنا محل الالتزام ولانه ليس للعقد محل بل يترتب على العقد فقط الالتزام

licite (١)	fait possible (٢)	obligation (٣)	objet (٤)
déterminé (٥)	dans le commerce (٦)	obligation de donner (٧)	
acte juridique (٨)	précisée (٩)	qualité (١٠)	espèce (١١)
			(١٢) كولين وكابيان ج ٢ ص ٣٣٢

١٥٢ - وما دلم أن الأصل في العقود حرية التعاقد أى أنه المتعاقدان
الإنفاق كما يشاءان ، على تقرير الالتزامات التي يريان تقريرها ، إلا أن ذلك مفيد
بمحدود النظام العام . ولذا لا يجوز أن يكون محل الالتزام أو محل العقد كما يقولون
شيئاً أو عملاً أو امتناعاً عن عمل مخالفاً لنظام العام^(١)

فيجوز حينئذ أن يكون محل العقد شيئاً موجوداً وقت التعاقد^(٢) أو شيئاً
سيوجد فيما بعد^(٣) (المادة ١١٣٠ مدنى فرنسى) وأغلب العقود التجارية تتعلق بأشياء
مستقبلية لأنه يوصى عليها بالمصانع والمعامل

ومن العقود الشائعة في مصر بيع الأشياء المستقبلية كالأقطان قبل نموها وقبل
زرعها . فيجوز أن يبيع البائع كذا من القناطير من زراعة هذا العام أو العام القادم
بسر القنطار كذا . هذا العقد صحيح مادام من المحتمل نمو الزرع وحصاده في
ميعاده الطبيعي . وجرى القضاء المصرى على اعتبار هذا العقد صحيحاً ولكن الشارع
المختلط نصي في المادة ٣٣٠ مدنى على أنه لا يصح بيع أثمار الشيء قبل انفادها^(٤)
ولا بيع الزرع قبل نباته^(٥) وهو نص يتعارض مع ما قرره القضاء المصرى الأهلى
والقضاء والفقهاء الفرنسيان . وإذا أخذ به كما هو ترتب على ذلك الحكم بفسخ العقد
لخاصة ببيع المحصولات بمصر قبل نموها وزرعها . وهذا ما يبطل الحركة التجارية
القطنية وغيرها بمصر . لذا عمل القضاء المختلط على تفسير هذه المادة تفسيراً يتفق
مع الضرورات التجارية المصرية ومع القواعد العامة لخاصة بصفة بيع الأشياء المستقبلية .
ذلك أنه قرر بأن هذه المادة تفسى فقط ببطان العقود لخاصة ببيع المحصولات
المستقبلية بيع جزاف^(٦) ومن غير تعيين المقادير المبيعة^(٧) وإنما لا تنطبق ببيع
المحصولات المستقبلية إذا تمين سعر الوحدة كسر القنطار أو اللرب كذا من العقود
لذا يعتبر من المحصولات المبيعة متناسباً مع الكمية المبيعة^(٨)

وقرر القضاء المختلط فوق ذلك بأنه لا يستفيد من هذا الحظر سوى البائع^(٩)

(١) بلانچول ج ٢ ص ٣٣٦ ن ١٠٠٩ وما بعدها (٢) chose présente (٣) chose future
en bloc (٤) pas encore sortie de la terre (٥) poussés (٦) (٧) (٨) استثنائاً ١٩٠٠ م ت ق ١٧٠٢٣٠ (٩) ١٩٠٠ م ت ق ١٧٠٢٣٠

هذا وقد قررت المادة ٢٣١ مدني ملأ في: «بيع الاعمار المتقدمة بيع الزرع النابت يشمل الاعمار التي تنمق والزرع الذي ينبت بعد البيع» أي بيع الاعمار النابتة الحاضرة يشمل ما سينبت فيما بعد أي يصبح بيع الاعمار التي تنمو فيما بعد اذا كانت تابعة لآثار نامية من قبل^(١) وكما يجوز التعاقد بشأن الاشياء المادية المستقبلية فانه يجوز التعاقد بشأن الحقوق المستقبلية أي يجوز التعاقد بشأن حق لم يوجد بعد، أو حق معلق على شرط أو حق محتمل. وعلى ذلك يصح العقد الذي يلتزم فيه الشخص بأنه يؤجر من ياطنه أو يبيع من ياطنه للعقد الآخر فيما اذا رساعليه مزاا الايجار أو مزاا البيع^(٢) ويصح العقد الذي يبيع به المؤلف للناشر كتاباً يبيعه فيما بعد. وكذلك يصح العقد الذي يراد به رهن عقار ضماناً لفتح اعتماد^(٣) لحساب بين المفروض والمفترض

١٠- في اشتراط الماقد على نفسه بأن الغير

يقوم بعمل معين

١٥٣ - جرى القانونيون من زمن على اشتراط أربع شروط في صحة محل العقد وهذه الشروط هي: (١) أن يكون للعاقدين مصلحة ظاهرة في تقرير الالتزام المبين بالعقد - (٢) أن يكون الشيء الموعود به معيناً أو قابلاً لتعيين - (٣) أن يكون الالتزام ممكناً - (٤) أن يكون الالتزام شخصياً بالنسبة لللتزم. ويظهر أن هذه الشروط الاربعة لم تخرج عن كونها حقائق بديهية كما سنبينه بعد:

الشرط الاول: أن يكون للعاقدين مصلحة ظاهرة في تقرير الالتزام:

يقول الشارحون في هذا الشرط انه يجب أن يرمى الالتزام الى مصلحة مالية تعود على اللذان ويلاحظ بأن القضاء لم يقرر ذلك. بل القى قرره انه يجب الاخذ بالعقد مهما كانت الفائدة التي تعود من ورائه مالية كانت أو غير مالية، لانه يجب عدم المساس بحرية المتعاقدين في تقرير عقدهم طالما أن هذا العقد لا يمس النظام العام^(١) ولا المبادئ الحسنة^(٢)

(١) دى مجلس ج ٤ ص ٤٥١ - ٤٥٢ ن ٦٦ (٢) ٨٩١٥ ٨٩١٦ ٢٨١٩ ص

٨٦ ٨٦٩ ٢٠٦٩ - استئناف ٢ فبراير سنة ٩٧٠ م ١٠٢٠ ٢١٠ ص ١٣٦ عدد ٨٢

(٣) ouverture de crédit (١) ordre public (٢) bonnes mœurs

الشرط الثاني : أنه يكون محل العقد معيناً أو قابلاً للمعين . نقول بذلك
المادة ١١٢٩ مدني فرنسي . ومن الواضح الجلي انه لا يمكن أن يفهم العقد الا اذا
كان قد تمين محله أي تبين محل الالتزام . واذا كان محل العقد قد تمين جنسه فقط
فانه يجب تعيين مقداره ولو بالتقريب ويستحيل على عاقلين أن يتفادوا على غير شيء .
الشرط الثالث : يجب أنه يكون له شيء ممكن^(١) والمقرر انه لا يصح
الالتزام عن شيء مستحيل^(٢) وهو معنى القاعدة القائلة بأنه لا يلزم الانسان
بالمستحيل^(٣) فإذا تمهد العقد بتوريد شيء صدر به قانون من قبل التعاقد بمنع المتاجرة
به أصبح التعاقد غير صحيح لان الوفاء به مستحيل . والفرض من الاستحالة هي الاستحالة
السابقة على العقد^(٤) وأما اذا عرضت الاستحالة فيما بعد فان العقد لا يعتبر باطلا .
انما يعتبر العقد قابلاً أو غير قابل للوفاء تبعاً للظروف المحيطة بالاستحالة الطارئة .
الشرط الرابع : يجب أنه يكون الالتزام شخصياً بالنسبة للملتزم .

قالت في ذلك المادة ١١١٩ مدني فرنسي ما يأتي : « لا يجوز للمقيد أن يتعاقد الا عن
نفسه خاصة^(٥) » وهو بمعنى القاعدة الرومانية المعروفة^(٦) ويستحيل عقلاً وبداهة
أن يتعاقد الشخص عن غير نفسه . انما يحصل في مجال العمل أن يتمهد الشخص
بأن شخصاً آخر يقوم باداء محل العقد وفي هذه الحالة يعتبر العقد صحيحاً لان الذي
يتعهد به انما هو أن يسعى لدى الغير في أن يقوم بالوفاء بالالتزام المقرر بالعقد^(٧)
فإذا التزم الغير بالوفاء ورضي به برئت ذمة المقيد الذي تمهد بالحصول على قبول
الغير^(٨) وكذلك تبرأ ذمة المقيد فيما اذا وفي الغير بالالتزام . أما اذا تمهد المقيد
بجعل الغير يقبل العقد وعند عدم قبول الغير به فانه يقوم هو بنفسه بالوفاء بالالتزام
فيعتبر هذا المقيد في هذه الحالة متمهداً كفيلاً^(٩) وتبرأ ذمته اذا وفي الغير بالالتزام
وعندها هو ما نقول به المادة ١٩٢٤ مدني فرنسي اذ نصت على أنه « ومع ذلك يجوز

(١) possible (٢) impossible nulla est obligatio (٣) impossible nul n'est tenu (٤) de choses impossibles
nemo alicuius (٥) on ne peut s'engager que pour soi-même (٦) originaire
contrat de porte-fort (٧) وهذا النوع من التعاقد يسمى (٨) factum promittente potest
porte-fort-caution (٩) de porte-fort (١٠)

أن يتعهد الانسان بأن الغير يقبل هذا التعهد . ويصح مطالبة هذا العاقد بتعويض اذا رفض الغير قبول التعهد »

٢ - فيما لا يجوز التعاقد فيه

١٥٤ - لا يجوز التعاقد فيما هو خارج عن دائرة التعامل بين الناس ^(١) أى يجب أن يكون الشيء مما يجوز التبائع فيه كما قول المادة ٩٥ / ١٤٩ مدنى فلا يجوز حينئذ التعامل فيما هو خاص بالمنافع العامة كذلك لا يجوز التعاقد فى الاشياء الآتية :

(١) الاحوال الشخصية الخاصة بالافراد فانه لا يجوز التعاقد فيها على ما يخالف هذه الاحوال المقررة بالقوانين

(٢) حرية الشخص على اختلاف انواعها . مثل حرية العمل وحرية التجارة . فلا يجوز التعاقد على ما يمس هذه الحرية مساماً ظاهراً وقد قررت المادة ٤٠٢ / ٤٩٠ مدنى و ١٧٨٠ فرنسى بانه لا يجوز ان يكون ايجار المستخدمين ^(٢) والعملة ^(٣) والخدمة المنزلية ^(٤) الا لزمان معين « وعلى ذلك لا يجوز التعاقد مع هؤلاء الاشخاص تعاقداً يربطهم طول الحياة

(٣) الوظائف العامة . من شغل وظيفة عامة ليس له حق التصرف فيها . ما عدا ما هو معروف بفرنسا من الوظائف العامة المملوكة للافراد ^(٥) والتي يجوز ان تورث كما يجوز التصرف فيها مع مراعاة قيود خاصة مقررة فى القوانين : مثال ذلك مكاتب المحضرين ووكلاء السلاوى ^(٦) وموقو العقود ^(٧) فكل اصحابها ليسوا من موظفى الحكومة مع قيامهم باعمال رسمية عامة

(٤) بعض المواد التى يمنع القانون للتجارة فيها الا بقيود خاصة كالمواد السامة والأسلحة

(١) choses hors du commerce (٢) employés (٣) ouvriers (٤) domestiques
(٥) offices ministériels (٦) avoués (٧) notaires

٣ - في التعاقد على أموال التركة

قبل وفاة صاحبها

١٥٥ - قررت المادة ١١٣٠قرة ٢ فرنسي ما يأتي : « لا يجوز التنازل عن حقوق في تركة لم تفتح بعد (أى لم يتوف صاحبها) ولا يجوز التعاقد بشأن هذه الحقوق حتى لو كان التعاقد حاصلًا برضاء صاحب التركة » وقول المادة ٢٦٣/٣٠٢ مدني ما يأتي : « بيع الحقوق في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو برضاء » والمعنى واحد في الاثنين الا ان المادة الفرنسية وردت في الالتزامات فيما يتعلق بمحل الالتزام فكانت عامة تشمل كل التزام مهما كان نوعه . واما المادة المصرية فقد وردت في الباب الخاص بالبيع فلو لم وجودها بهذه الصفة بان الحظر قاصر فقط على حالة البيع دون الاحوال الاخرى كالبدل مثلاً . وهذا غير صحيح بل الحظر عام

١٥٦ - هذا التعاقد عن التركة قبل فتحها^(١) يشمل نوعين من العقود :

(١) **التعاقض بشأنه تركة الغير** : كأن يتعاقد الوارث المحتمل ، وذلك من طريق التصرف في حقوقه المحتملة التي يمكن أن يرثها في تركة من تحتل وراثته له^(٢) ، اما مع وارث محتمل آخر مثله أو مع الغير أي الاجنبي عن التركة . فمثل هذا التعاقد ، بين الورثة كتنقاسمهم للتركة في حالة حياة مورثهم ، وغير ذلك ، تعاقد باطل

(٢) **التعاقد من قبل صاحب التركة** : كأن يتصرف صاحب التركة في حياته من طريق التعاقد مع الغير على جعل هذا الغير وارثاً له مع كونه ليس وارثاً شرعياً أو أن يهب المورث وارثه شيئاً معيناً في حياته في مقابل ان يتعهد الوارث بالتنازل من الآن عن حق المطالبة بنصيبه في الميراث بعد موت الواهب وهو المورث . أو أن شخصين يتفقان بمقد بان كلا منهما يعتبر وارثاً للآخر : هذه العقود على اختلاف أنواعها باطلة لمساسها بالنظام العام

فمن التعاقد بشأن تركة الغير فالخطر فيه يرجع الى وجهة اقتصادية لان مثل هذا التعاقد لا ينشأ عنه الا الاضرار لانه لا يحصل عادة الا من وارث مدفوع بالرغبة في الحصول على نقود لوقته فيتنازل عن حقوقه لمراب بشمن بخس . ومثل هذا التعاقد يمس الاحساس العام لانه مما لا يتفق مع الاخلاق العامة ان يتعاقد الوارث عن حق لم يملكه بعد ، الأمر الذى يشعر بأنه يرغب فى قرب ساعة وفاة مورثه

وأما عن تعاقد صاحب التركة فى تركته فى حياته فقد كان مباحاً قبل وضع القانون الفرنسى سنة ١٨٠٤ وجاء الشارع الفرنسى فى تلك السنة فحظر هذا التعاقد لانه يرى من اللازم ترك صاحب التركة حراً فى تنمية ماله حال حياته ، ولكنه مع ذلك ليس ممنوعاً من عمل وصية فى حياته

وبطلان هذا العقد متعلق بالنظام العام كما قلنا . وعلى ذلك يجوز للقاضى الحكم به من تلقاء نفسه دون أن يطلبه أحد خصوم الدعوى .

واذا باع المالك عقاراً يملكه واحتفظ بحق المنفعة طول حياته ثم احتفظ بحق التصرف فى العقار أيضاً طول حياته ، اعتبر هذا العقد باطلاً لانه عقدي يتعلق بالتصرف فى تركة الشخص نفسه الموجود على قيد الحياة . وكذلك يبطل العقد فيما اذا كان خاصاً ببيع ما يملكه البائع من الممتلكات الحاضرة والممتلكات المستقبلية لان هذه الممتلكات المستقبلية لا تعين تعييناً تلياً للجهالة الا بوم وفاة البائع ، لذا وجب اعتبار العقد باطلاً (١)

أما اذا باع المالك أطيانه حال حياته لاولاده بعقد ثم نقاد معهم بعقد آخر على أن يحتفظ لنفسه بحق المنفعة وحق التصرف فى الاطيان طول حياته ما دام أولاده فى ميثه معه ، بحيث اذا انفصلوا منه وزرعوا الارض وجب عليهم أن يدفعوا له مرتباً طول حياته ، اذا حصل ذلك اعتبر العقد الاول عقد بيع والعقد الثانى عقد تنازل عن حق الانتفاع أو تقرير مرتب طول الحياة ، أى يعتبر العقدان صحيحين ولا يصح الطعن فيهما بأنهما متعلقان بالتعاقد على مال المورث قبل وفاته (٢)

(١) دى مجلس ج ٤ ص ٤٥٥ ن ٧٩ (٢) استئناف ٢٣ فبراير سنة ١٩١١ - ام د ١٢ ص ١٥٣ رقم ٨٢

١٥٧- في التعاقد بشأن تركة الغير: ١- من حيث التاريخ. أن حظر هذا التعاقد يرجع للقانون الروماني إذ قرر جوستنيان عدم صحة التعاقد بشأن تركة شخص لا زال على قيد الحياة . ورأى جوستنيان بأن هذا التعاقد ضد الاخلاق الحسنة . وهو تعاقد ذو خطورة خاصة لانه تعاقد لا ينفذ الا بموت صاحب التركة . ولكن جوستنيان قرر صحة هذا التعاقد اذا رضى به صاحب التركة (١).

١٥٨- ٢- من حيث القانون المدني . قرر القانون الفرنسي سنة ١٨٠٤ عدم الاخذ بصحة هذا العقد مع رضاء المورث به . وكذلك فعل اقاوتون المصري مختلطاً كان أو أهلياً . والسبب الصحيح في تعميم الحظر وعدم الاخذ بهذا القيد الروماني انه ليس لهذه العقود مصلحة اقتصادية تعود على الوارث في تعاقده مع وارث آخر أو مع الغير . ولا يعتبر رضاء المورث كافياً في حماية هذا الوارث لان رضاء المورث في هذه الحالة انما ينصرف في الحقيقة الى العمل على تفضيل وارث على وارث وهذا مالا يرضاه الشارع . على ان رضاء المورث لا يخرج عن واحد من اثنين . اما أنه وافق لجرد الموافقة . وفي هذه الحالة لا فائدة من موافقته لانه لم يتمدد بشيء . ولم يلتزم بشيء . واما انه وافق على التعاقد بمعنى انه تعهد باحترامه . وفي هذه الحالة يعتبر عمله هذا باطلاً بحكم القاعدة التي قررناها وهو أنه لا يجوز للمورث في حال حياته أن يتعاقد مع الغير لاجل جعل هذا الغير وارثاً له

واذا علم ذلك صح حينئذ التعاقد الذي يكتبه على نفسه الوارث فيما اذا تعهد بدفع دينه عند ما يرث . اذ لا يعتبر هذا التعاقد تعاقداً بشأن تركة الغير انما يعتبر تعييناً للاجل الذي يحل فيه الوفاء (٢)

اما اذا تعاد الوارث واقترض مبلغاً من النقود وتعهد بانه يرهن المقرض عقاراً مما سيرثه فيما بعد عند وفاة مورثه ، ضماناً لدين المقرض ، اعتبر التعهد بالرهن باطلاً : لان التعاقد خاص بتركة شخص حي يرزق ولان الرهن لا يصح الا عن عقار معين الآن بيانا فنيا للجمالة (للمادة ٥٦٠ / ٦٨٤ مدني و ٢١٢٩ فرنسي)

ولأن المقار غير مملوك الآن للمدين الراهن لأن رهن المقار المستقبل الذى سيحوزه المدين رهن باطل (المادة ٥٦٣ / ٦٨٧ مدنى و ٢١٢٩ فرنسى) نعم وإن كان القانون الفرنسى قد حظر كالتقانون المصرى رهن العقارات المستقبلية إلا ان القانون الفرنسى اتفرد وحده بإباحة رهن العقارات المستقبلية إذا كانت العقارات المرهونة الآن غير كافية لضمان الدين (المادة ٢١٣٠ مدنى فرنسى) ولا مثيل لهذا النص الفرنسى فى القوانين المصرية ولذا يجب عدم الأخذ به فى مصر ^(١) هذا ويلاحظ الشارحون انفرنسيون على نص الإباحة هذا القاضى برهن العقارات المستقبلية (المادة ٢١٣٠) أنه مناقض لنص الحظر (المادة ٢١٢٩) ولذا يجوز للوارث بفرنسا طبقاً للنص ٢١٣٠ أن يستدين ويرهن ماله بالدين الآن ويتعهد برهن ماسيؤول اليه فيما بعد ^(٢) وهذا محظور فى مصر حيث لا مثيل للمادة ٢١٣٠ الفرنسية كما ذكرنا . ولم يأخذ الشارع البلجيكى بقانون الرهن الصادر فى ١٠ ديسمبر سنة ١٨٥٨ بما قرره الشارع الفرنسى بالمادة ٢١٣٠ (المادة ٧٨ بلجيكى) وكذلك القانون المدنى الايطالى الصادر سنة ١٨٦٥ فإنه فعل كالتقانون البلجيكى. أيضاً (المادة ١٩٧٧) ويظهر ان الشارع المصرى لم يرد أن يقلد الشارع الفرنسى فى المادة ٢١٣٠ بل قلد الشارع البلجيكى فى المادة ٧٨ والشارع الايطالى فى المادة ١٩٧٧ وخيراً فعل .

(٣) فى السبب

١ - كلمة عامة

١٥٩ - للسبب أثر ظاهر فى الالتزامات التى ترجع الى الرضا أى فى العقود الرضائية . ذلك لانه لا يلتزم الماقد بالتزام ما الا لفرض حال ^(٣) وبالات ^(٤) وهو الفرض الذى جملة يلتزم أى ان هذا الفرض هو سبب الالتزام . ومن المقرر قد بما ومن عهد الرومان أنه من أجل أن تكون العقود صحيحة يجب أن يكون للالتزامات التولدة عنها سبب ^(٥) وأن لا يكون هذا السبب غير مشروع ^(٦) أو غير مخالف للأداب العامة ^(٧) وقد أشارت الى ذلك المادة ١١٠٨ مدنى فرنسى وعقد القانون

(١) دى على ج ص ٢١٨ ذ (٢) كولون وكاجان ج ٢ ص ٢٩٧
(٣) But immediate (٤) direct (٥) cause (٦) illicite (٧) immorale

الفرنسي فوق ذلك للسبب ثلاث مواد أخرى وهي ١١٣١ الى ١١٣٣ قررت أولاها ما يأتي : « الالتزام بلا سبب ^(١) أو لسبب كاذب ^(٢) أو لسبب غير مشروع ^(٣) » لا يحدث أي أثر . « وقررت المادة ١١٣٣ ما يأتي : « السبب غير المشروع هو ما يحظره القانون أو ما كان مخالفا للعوائد الحسنة ^(٤) أو مخالفا للنظام العام ^(٥) »

١٦٠ - أما القانون المصري فإنه قرر في المادة ٩٤ / ١٤٨ مدني ما يأتي : « يشترط لصحة التمهيدات والعقود أن تكون مبنية على سبب صحيح جائز قانوناً . » والنص الفرنسي لهذه المادة أكثر وضوحاً إذ يقضي ^(٦) أنه لا يوجد الالتزام إلا إذا كان مبنياً على سبب صحيح جائز قانوناً ، بينما القانون الفرنسي يقول إن الالتزام بلا سبب لا يعتبر موجوداً . ثم أورد الشارع المصري مادتين أشار بهما إلى السبب وهما المادتان ١٧٩ / ٢٤٢ مدني و ١٨٧ / ٢٥١ مدني

وقد أقلم الشارحون على بعضهم بعض حرباً علمية بشأن نظرية السبب وربما كانت نظرية السبب هذه هي أكثر النظريات القانونية التي احترقت لها أقلام الكتابين . والغالب فيهم حتى في عصرنا الحاضر يقول بأن نظرية السبب نظرية خيالية مدرسية ^(٧) وأنها لم تخرج في الحقيقة عن نظرية الرضاء في العقود أو نظرية محل العقد ، أي أن السبب في الحقيقة هو الرضاء ومحل العقد . ثم يقول هذا المذهب بأنه قد آن لعلم القانون الحاضر أن يتحرر من نظرية السبب ويتخلص منها .

١٦١ - والذي نراه أنه لا محل للأخذ برأي هؤلاء الناقدين وأنه يجب أن تبقى النظرية كما هي . وسنرى عند تحليل العقد المنفعة التي تعود منها . هذا ولا زال القضاء يصر على الأخذ بها في كثير من أحكامه وهو يرجع إليها في إبطال العقود التي ترتكز إلى سبب غير مشروع أو مخالف للنظام العام . وسنرى أن القضاء قد توسع إلى الحد الذي خلط فيه ، في مجال الأخذ بنظرية السبب ، بين السبب ^(٨) والباعث ^(٩)

(١) sans cause (٢) fausse cause (٣) cause illicite (٤) bonnes mœurs (٥) L'obligation n'existe que si elle a une cause certaine (٦) ordre public (٧) motif (٨) cause (٩) théorie artificielle et scolastique et licite

أما هذه التفرقة بين السبب والباعث فقد قل بها دوماً ثم أخذها عنه بوتييه وقلها عنها الشارع الفرنسي سنة ١٨٠٤ .

وعلى ذلك يعتبر السبب القريب ^(١) في الالتزام الناشئ عن الاتفاق أنه هو الدافع الحال والمباشر ^(٢) ، والذي يكون قد دفع المدين إلى الالتزام باعتبار أنه رضى بهذا العقد دون أى عقد آخر . وعلى هذا الاعتبار يعتبر السبب واحداً في جميع العقود المعينة

وأما الباعث ^(٣) (أى السبب البعيد) فهو على العكس من ذلك إذ هو الدافع الشخصى ^(٤) الذى ساق المدين إلى الالتزام . وهو على هذا الاعتبار متغير في العقود وعلى ذلك ينما يعتبر السبب بعيداً عن النزعات الشخصية للالتزم فإن الباعث يعتبر الدافع النفساني للالتزم في الالتزام ولذلك يتغير بتغير النزعات النفسانية عند الأشخاص ^(٥)

ويقول آخرون بأن سبب الالتزام ^(٦) هو غير سبب العقد ^(٧) ويراد بسبب العقد الباعث الذى دفع العاقد للعاقد . وأما سبب الالتزام فهو نظير التزام الآخر ^(٨) ونرى الآن ضرورة إيضاح ذلك بالرجوع إلى العقود وتحليلها لمعرفة مبلغ أثر السبب فيها .

٢- السبب في العقود بموض

وفي مذاهب السبيين واللاسبيين

١٦٢ - السبب بوجه الاجال في العقود بموض ^(٩) هو الفرض القانونى ^(١٠) الذى يرمى اليه العاقد في التزامه . ونرى أن تبين ذلك في حالتين : حالة العقود التبادلية . وحالة ذات الطرف الواحد

١٦٣ - ١ السبب في العقود التبادلية : أظهر مثل للعقد التبادلية عقد البيع

(١) causa proxima (٢) raison immédiate et directe (٣) causa remota (٤) mobile personnel (٥) كوليفوكايتانج ص ٢٩٨ (٦) cause de l'obligation (٧) بلايول وهو ينقل عن ابردورج ٢ طبعة سنة ١٩٢١ (٨) cause du contrat (٩) convention à titre onéreux (١٠) but juridique ص ٣٤٥ ن ٣٤

وفي البيع يلتزم البائع بنقل الملكية الى المشتري في مقابل أن المشتري يدفع له الثمن .
ولتلتزم المشتري من جهة أخرى بدفع الثمن في مقابل أنه يصبح المالك للشيء . وبصبح
هذا الشيء تحت تصرفه وعلى ذلك يعتبر السبب في التزام البائع هو دفع الثمن ، أى
لا يعتبر كما يقولون بغير حق عادة التزام المشتري، بل السبب في التزام البائع هو تنفيذ
التزام المشتري . وعلى العكس من ذلك يعتبر السبب في التزام المشتري هو انتقال
ملكية المبيع ، أى تنفيذ التزام البائع

هذا هو السبب . وأما الباعث فهو يتغير بتغير الأشخاص . انه يجوز أن البائع قد
باع لانه يريد شراء شيء آخر أو يريد السفر وكذلك المشتري قد يجوز أنه اشترى
لما ليسكن أو ليستغل بالتأجير وهكذا

هذا وإذا أضفنا النظر في هذا التعليل الذى أوردناه في بيان السبب ربما نلاحظ
لأول وهلة أنه لا قائمة من وراء الأخذ بنظرية السبب إذ السبب في الحقيقة والواقع
يمتزج بمحل العقد ^(١) كل الامتزاج . أليس السبب في التزام البائع هو بالنظر الى
التزام المشتري وعلى العكس من ذلك ؟ أليس السبب في التزام المشتري هو بالنظر الى
التزام البائع ؟ أليس لأن محل العقد واحد بين الاثنين ؟ إذ يبيع البائع لأن المشتري
يشترى ويشترى المشتري لأن البائع يبيع . ومحل المبيع والشراء واحد وهو المبيع ؟
وعلى ذلك يعتبر سبب العقد هو محل العقد بشكل خاص

ذلك ما يقوله خصوم السبب أو اللاسببيون ^(٢) ويضيفون على ما تقدم أنه في
العقد التبادلي يعتبر لكل التزام من التزامى المآقين محل في العقد وأن محل العقد
هذا محل مشروع ^(٣) وبناء على ذلك يعتبر العقد تاماً وصحيحاً لمجرد صحة محل
العقد ، دون الحاجة إلى الاستحسانه بنظرية السبب . ففي عقد البيع مثلاً ما دام أن
المبيع هو من الأشياء الجائز التعامل فيها صح العقد ما دام أن محل العقد مشروع
لا شائبة فيه . وأما اذا كان غير مشروع فلا يعتمد العقد أى أنه يكفى الأخذ بنظرية
محل العقد دون الحاجة الى الأخذ بنظرية السبب

١٦٤ - ولمنحى قول اللاسببيين في أن نظرية السبب نظرية غير صحيحة وأن

لا قائمة من الأخذ بها

نظريـة السبب غير صحيحة^(١) يقول اللاسبليون بفلسفة نظرية السبب ويتبنون فسادها في مظاهرها الثلاثة: في المقعد التبادلي ، وفي المقعد ذي الطرف الواحد، وفي التبرع

١ - في المقعد التبادلي : تماقد شخصان بأن باع أحدهما واشترى الآخر . يقول السبليون بأن التزام البائع سببه التزام المشتري وهكذا أيضا بالنسبة لهذا الأخير . ويرد اللاسبليون على ذلك بأنه أمر مستحيل من الوجهة المنطقية لان الالتزامين هذين نشأ من عقد واحد في وقت واحد فهما على هذا الاعتبار مولودان توأمان^(٢) ويستحيل اعتبار الواحد منهما سببا للآخر لانه من المستحيل أن يولد السبب والسبب في وقت واحد . وإذا كان كل التزام من الالتزامين مسببا عن الآخر فلا يمكن أن يخرج الالتزام الى عالم الوجود^(٣)

وكأن في اللاسببيين يقولون باستحالة ظهور أخذ الالتزامين قبل الآخر بأن يشبهوا هذه الاستحالة بحالة من يمس جسما جامداً بيده في حالة اللمس هذه هل يمكن معرفة من الذي لمس أولاً ، هل هي يد الانسان ، أم الجسم ؟ من المستحيل معرفة ذلك لان اللمس لا يدرك الا بتلاص الجسمين في وقت واحد بحيث يستحيل عقلا القول بأن أحدهما لمس الآخر قبل أن يلمسه هذا الآخر . كما اذا قابلت صديقك في الطريق فهل يمكن أن يقال بانك قابلته قبل أن يقابلك أو قابلك قبل أن تقابله ، أى ان المقابلة لا تقع الا من الاثنين مما .

٢ - في المقود العينية^(٤) : يقول السبليون إن السبب في هذه المقود هو استلام العين كما في حالة اللدائن المرتين والمقترض وأمين الوديعة . ويرد اللاسبليون بأن خصوصهم لم يلاحظوا أن ما يسمونه في هذه الحالة بسبب الالتزام^(٥) لم يخرج عن كونه هو نفس العمل المنشئ والمكون للالتزام بالذات^(٦) فإذا قيل بأن الشيء

(١) fausseté (٢) deux sœurs jumelles (٣) بلانويل ج ٢ ص ٣١٧ و ٣٢٨ فقرة ١
fait générateur de l'obligation (٤) cause de l'obligation (٥) contrats réels (٦) causa obligationis وهو هو بينه المسمى causa باعتبار هذه الكلمة تنصرف الى المصدر
القضي للالتزام source productive d'obligation . وكلمة causa هذه هي خلاف ما يقول به
السبليون المهيرون :

في العقود العينية هو سبب الالتزام أسفر ذلك عن استخدام كلمة السبب الرومانية^(١) بمعنيين ، المعنى المصري والمعنى العلمى القديم

٣ - **فى التبرعات** : يقول اللاسيبيون بأن الشارحين المصريين لم يأخذوا بما سبق لدوما أن قرره وهو ما جعلهم يعمدون عن الحقيقة كل البعد : ذلك لان دوما نفسه قال بأن السبب فى الهبة هو نفس الباعث عليها . ولما رغب المصريون فى التفرقة بين السبب والباعث لم يروا سبباً للهبة خلاف رغبة الواهب فى الايهاب^(٢) وهى الرغبة المجردة عن أى اعتبار وعن أى باعث عليها . ويقول بلانيول^(٣) بأنه لا يرى لهذا القول معنى مطلقا اذ كيف يمكن عقلا أن يقال بأن فلاناً أراد كذا بغير أن يكون مدفوعا الى ارادته بباعث خاص ؟ أى لانفهم الارادة المجردة عن الباعث . وقد أصاب لوران^(٤) فى قوله بأن السبب فى الهبة هو الباعث عليها

٢ (**ليس هناك مصلحة تعود من الاخذ بنظرية السبب** : يقول اللاسيبيون بأن الفائدة المرجوة من السبب هو ابطال العقد . اذ يبطل العقد بفعل السبب فى حالتين : اذا كان العقد بلا سبب أو بعبارة أخرى كان سببه كاذباً . أو كان السبب غير جائز قانوناً . ثم يقولون بأنه لا محل للاخذ بنظرية السبب فى هاتين الحالتين . وذلك :

١ - **حالة عزم ومرد سبب للعقد** : لا يمكن تحقيق انتفاء السبب فى حالة العقود ذات الطرف الواحد كالعقود العينية أو الهبة . ففى العقود العينية من الواضح أنه لا يوجد أمين مودع لديه ولا مقترض طالما أنه لم يسلم اليها شيء ما . اذ انتفاء السبب هنا يمتزج مع انتفاء العقد نفسه وعلى ذلك لا محل للقول بالبطالان لانه لم يوجد شيء لاجل التذرع الى القول ببطالانه . وفى حالة الهبة يستمر انتفاء السبب هو انتفاء الباعث . لان الهبة بلا سبب لا تصدر الا عن مهتوه أو عن مجنون فقد لصوابه .

ثم يقول اللاسيبيون بأن خصوصهم السببين لا يجدون محالا للاخذ بنظرية السبب

(١) causa (٢) volonté de donner (٣) (ج ٢ من ٣٤٧) : (٤) Laurent

وهنا يرُدُّ اللاسبليون بأنه يمكن الوصول الى هذه النتيجة النهائية وهي بطلان العقد يغير نظرية السبب ، وذلك بالرجوع الى طبيعة التبادل في العقود التبادلية التي تختم وجود التزامات متبادلة : ذلك ان كل طرف لا يرضى بالالتزام الا لانه ستعود عليه منه منفعة يتعهد الآخر باداؤها اليه ، وان هذا الارتباط ⁽¹⁾ الذي يربط التعهدين ببعضهما البعض لم يخرج عن كونه رابطاً يصل الالتزامين معاً بطريقة تختلف كل الاختلاف عن رابطة السببية ⁽²⁾ . والتليل عل ذلك ان التزام المشتري في دفع الثمن يسقط عنه في الوقت الذي لا يقوم فيه البائع بالتزامه ⁽³⁾ أى أن سقوط التزام المشتري لا يستمر ناشئاً عن سقوط التزام البائع بل يسقط الالتزامان معاً وفي وقت واحد

ان مسألة مطابقة العقد للآداب أو للقانون يجب الرجوع فيها الى العقد بالذات والى الأغراض والبواث التي دعت العاقد للتعاقد أى أن مسألة عدم مطابقة العقد للآداب والقانون ليست نتيجة عدم مطابقة عمل الغير للقانون والآداب : فاذا اتفق شخصان على جريمة بأن تعهد أحدهما بالقيام بها وتعهد الآخر بدفع مبلغ له في نظير ذلك : هذا الاتفاق باطل في مجموعه . ولماذا ؟ يقول السببيون ان الوعد بدفع المبلغ لم يكن باطلا بالرجوع الى محل العقد وهو المبلغ ، بل هو باطل لان سببه التزام الآخر بارتكاب الجريمة . ويرد اللاسببيون قائلين بانه لا محل للاخذ بهذه الوسيلة فالتعهد بالمبلغ باطل ، كالتعهد بارتكاب الجريمة لان محل التعهد غير مشروع ^(١) إذ اعطاء شخص مبلغا لارتكاب جريمة عمل جنائى مثل قيام التعهد نفسه بالمبلغ بارتكاب الجريمة تقسها فالتعهد بالاعطاء في سبيل الجريمة كالقيام بتنفيذ الجريمة سواء بسواء وعلى ذلك فالاجرام من الجهتين واحد ^(٢)

٢٠٢٠.٢.٩.١.٥ - ٢٨٩.١.٩.٢.٥ (٥) objet illicite (١) ١.٢٩.٥٢٤

١٦٥ - تلك خلاصة أدلة اللاسبين . وإذا نظرنا إليها نظراً سطحياً رأينا أنها ربما لا تقبل الجدل لمنايتها ولكن إذا انعمنا النظر فيها نرى أنها مع ذلك ليست من المثانة الى الحد الذى تترك وشأنها فيه . ذلك لانه نقول بان نظرية السبب قائمة ظاهرة حيث هى تقرر تلك القاعدة الاولى فى ان التزامى العاقدين متلازمان ومتصلان بعضهما ببعض اتصال السبب بالمسبب ، بمعنى انه اذا لم ينفذ أحد الالتزامين لاي سبب من الاسباب ، اصبح الالتزام الآخر ولا أساس له ، أى أنه يجب ان يزول . ومن هنا تتجلى الخصائص الثلاث للعقود التبادلية ، وهى الخصائص التى لا يمكن إداركاها الا بالأخذ بنظرية السبب . وهذه الخصائص هى :

١ - فى العقود التبادلية : اذا لم ينفذ أحد العاقدين التزامه جاز للآخر أن يرفض الوفاء بالتزامه وجزاؤه أن يدفع الدعوى قبله بتلدفغ المسمى « عدم وفاء العاقد الآخر بما تعهد به » (١)

٢ - فى العقود التبادلية : اذا لم يتم أحد العاقدين بوفاء بالتزامه ، جاز للعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد (٢) (المادة ١١٨٤ مدنى فرنسى) وهذا حكم عام .

٣ - اذا حالت قوة قاهرة دون قيام أحد العاقدين بما التزم به أصبح العاقد الآخر فى حل من علم الوفاء بالتزامه هو الآخر .

قلنا إن القضاء أصر على الإخذ بنظرية السبب . ومن أمثلة ذلك ما يأتى :

١ - يبطل الالتزام لعدم مشروعية سببه اذا كان الالتزام خاصاً بالتعهد بدفع مبلغ من النقود لشخص حتى لا يدخل مزاحماً للتعهد فى زيادة (٣) اما اذا حصل الاتفاق على انه اذا رما المزداد على فلان وجب عليه عقد شركة مع من اتفق معهم لاستغلال الارض مما ، فتل هذا الاتفاق لا يعتبر باطلاً (٤)

٢ - يبطل الالتزام أيضاً لعدم مشروعية سببه اذا تعهدت شركة صناعية بدفع مبلغ بمثابة أجر أو عمولة (٥) لبعض موظفى حكومة أجنبية نظير قيامهم بالسعى فى

(١) exception non adimpleti contractus (٢) résolution (٣) استئناف

١ فبراير سنة ١٩٠٠ م و ١٠ مجلد ١ ص ٢٧٠ - مخطط الجريه ١٩ فبراير سنة ١٩٠٢ م و ١٠ مجلد ١ ص ٢٧٠
(٤) استئناف ٢ فبراير سنة ١٩٢٠ م و ١٠ مجلد ١ ص ٢١١ - ١٢٦ رقم ٤٢ (٥) commission

ترويج الأعمال التجارية لشركة^(١) أو التعهد بدفع مبلغ لموظف الحكومة ليجرى عملاً دافعاً في اختصاصه ولا يلزمه فيه تحصيل مبلغ ماعليه^(٢)

٣ - وكذلك يبطل العقد لعدم مشروعية سببه اذا قدم شخص طلباً لانشاء ترام ثم تعهد بدفع مبلغ الى شخص معين بمثابة مسطرة وذلك مكافأة لهذا الشخص على ما يقوم به من النسي عند جهات الادارة للحصول منها على رضائهما بالمشروع^(٣)

٤ - ويبطل عقد السمسرة في الزواج^(٤) لعدم مشروعية سببه فلا ينفذ التعهد الذي يتعهد بمقتضاه شخص أن يدفع أجراً الى آخر نظير قيام هذا الاخير بالسعي في الحصول على رضا المخطوبة وأهلها^(٥)

٥ - يبطل السند المأخوذ على شاب قليل التجارب في الحياة اذا لوحظ في أن هذا السند لم يؤخذ عليه بمبلغ جسيم جداً الا لانه كان في حاجة الى المال ولأن الدائن انتبه فرصة احتياجه هذا وعول على أن يتقاضى دينه من مدينه عند ما يرث هذا الاخير بعد وفاة أبيه^(٦)

٦ - لا ينطال الالتزام اذا كان سببه قيام الدائن بالكشف عن خفايا مسائل ماسة بالنظام والتبليغ عنها^(٧)

٧ - يبطل التعهد اذا كان الغرض منه تقييد حرية المزاحمة التجارية امامضة ذلك للنظام العام^(٨)

(٢) في العقود ذات الطرف الواحد : يختلف السبب في العقود ذات الطرف الواحد باختلاف العقود نفسها

ففي عقد القرض مثلاً يلتزم المقرض بلرد بسبب أخذه للمبلغ المدفوع اليه .

(١) د ٩١١، ٣٨٣٠١ - س ٤٤٧، ١٠٩١١ (٢) دى مجلس ج ٣ من ١٢٢ ل ٢٩٦قرة ٤ (٣) د ١٢٠٠، ١٠٩١٣ (٤) contrat de courtage (٥) matrimonial (٦) د ٤٢٠، ١٠٩٠٤٠ - س ٢٠٢٨١، ١٠٩٠٥٠٠ بحكمة عابدين الجزية ١٧ مارس سنة ١٩١٥ م ر ١٦٥١ ص ٩٣ وهو حكم مطول وماء ومع ذلك فقد حكمت اخيراً محكمة الاستئناف المختلطة بصحة هذا الاتفاق لعدم مخالفته لنظام العام ولا لاداب العامة متى لم يثبت للمحكمة اتهام الوسيط بأي تدليس : حكم ٢٤ فبراير سنة ١٩٢١ جازيت ١٢ ص ٩٠ ١٢ ص ٧٥ عمرة ١٣٦ وحكم محكمة مصر المختلطة في ٢٣ يناير ١٩٢٢ جازيت ١٢ ص ٩٠ ١٢ ص ٧٥ (٦) استئناف ١٠ مايو سنة ١٩١١ م ت د ٣٠٥٢٣ (٧) استئناف ٢٨ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ت د ٣٠٥٠٤ (٨) م ت د ٣٠٥٠٣

فالسبب في الالتزام هو استلام المبلغ . لان الذي أراه المقترض هو استلام المبلغ ، ولذا يجب عليه رده بالشروط المأخوذة عليه بالعقد . وكذلك الحال في حالة الرهن الحيازي اذ يلتزم الدائن المرتب ببرد الشيء . والسبب في التزامه هذا هو سبق استلامه للشيء . ويجب الاخذ بهذه القاعدة في كل عقد عيني ^(١) اذ السبب في الالتزام بالرد هو سبق تسليم الشيء ^(٢) وعلى ذلك اذا تبين أنه لم يستلم الشيء فعلا سواء كان قرصاً أو رهناً فلا يلزم بالرد

هذا فيما يتعلق بالعقد الشئني . ولنتظر في العقود الأخرى من العقود ذات الطرف الواحد ، مثل دفع مبلغ أو التعهد بدفع مبلغ ففي هاتين الحالتين يتغير السبب كماً في العمل القانوني السابق الذي ساق المدين الى الوفاء أو الى التعهد بالوفاء ، أى الى الالتزام بوجه عام ، كأن يكون هذا العمل القانوني التزاماً مدنياً أو طبيعياً سابقاً وأراد اللوئى ^(٣) بالوفاء برامة ذمتهم الدين طبيعياً كان أو مدنياً . وعلى ذلك اذا لم يوجد هذا الدين السابق للمرة أو وجد ولكنه أبطل فيما بعد ، اعتبر الوفاء بلا سبب . ولذا يجوز لمن دفع ^(٤) طلب استرداد ما دفعه هذا فيما يتعلق بالوفاء الذي تم .

وأما في حالة التعهد فالوفاء أى التعهد بدفع مبلغ من النقود مثلاً ، فان السبب فيه يرجع إما الى التزام سابق بين الطرفين ، وإما أنه يرجع الى أن للتعهد انما يريد تقرير حجة للدائن . فلذا لم يكن سبب التعهد لا هذا ولا ذاك اعتبر التعهد بلا سبب وعلى ذلك يبطل التعهد .

ومن الأمثلة العملية لهذه الحالة سندات المجاملة ^(٥) وهى السندات التى تعرف بأنها لا تستند فى انشائها الى أى معاملة تجارية سابقة . ويحصل ذلك فى تاجر يشعر بحاجة الى مبلغ من النقود فيتفق مع تاجر مثله على أن يحرق التاجر الأول كيبالة ^(٦) أى يجعل نفسه الساحب لها ^(٧) أى الدائن (وهو الشخص الذى يتضى الكيبالة) ويتم الاتفاق على أن يقبل التاجر الآخر دفع هذه الكيبالة باعتباره المسحوب عليه ^(٨) (وهو المدين تساحب) ويحصل كل ذلك دون أن يكون الساحب دائناً حقيقياً

effets (٥) solvens (١) solvens (٣) res (٢) contrat réel (١)
tiré (٨) tireur (٧) lettre de change (٦) de com-plaisance:

للسحوب عليه ولكن الساحب يتعهد بدفع المبلغ الى السحوب عليه وقت الوفاء . وبعد تحرير الكيالة ورضاء السحوب عليه يدفعها في الميعاد يأخذ الساحب في تحويل هذه الكيالة ^(١) الى أى مصرف مالى فيتقاضى منه قيمة المبلغ المحول به نظير رجوع هذا المصرف بذلك المبلغ على السحوب عليه عند حلول الوفاء ، باعتبار أن الساحب هو فى آن واحد ساحب وحامل للكيالة . وبهذه الوسيلة يتخذ المصرف لانه في الحقيقة لا يوجد لا دائن ولا مدين . وعلى ذلك اذا دققنا النظر في هذه العملية نرى أن السحوب عليه قد التزم بلا سبب ^(٢)

هذا وإذا كان سند الجملة باطلا لعدم وجود سبب له إلا أنه صحيح بالنسبة للغير فلا يجوز حينئذ للمسحوب عليه^(٢٤) الاحتجاج بعدم السبب ضد الغير لأنه من المقرر في السندات التجارية أن الذي أوفى^(٢٥) لا يجوز له التمسك ضد الغير بالدفع التي كان له أن يتمسك بها ضد دائته^(٢٦)

في الأحوال التي يعتبر فيها الباعث سبباً

في العقود ذات العوض

١٦٦ - رأينا أن العبرة بالسبب في العقود ذات العوض هو السبب ذاته
لا الباعث وأنه لا يمول على الباعث . وعلى ذلك يعتبر التزام البائع صحيحا مادام أنه
سينتهى بالنسبة له بدفع المشتري الثمن اليه . وسبب التزام البائع هو السبب المدفوع

(١٦) endosser (٢) ٥٨٩٠٢ - ٢٥٣ - س ٩١٥ ٤٩٥٢ ومقال Meynial
٩١٥ ٢٥٣ - ومقال Thaller س ٩٠٥ ١٥٣٠٥ ومقال Wahi . - ٩٠٤
٩١٥ ٢٥٣ - ومقال Raynal س ٩١٣ ١٥٢٩٣ ومقال Naquet . - مجلة القانون
التجاري سنة ٩٠٥ ومقال Perroud تحت عنوان سندات المصلحة - كولين وكابنان ج ٢ ص
٣٠١ - ٣٠٢ souscripteur (٤) le signataire (٥) ملاحظة : لاجل فهم
هذا المثل الخاص بالقانون التجاري رى تصوير الكميالية هنا بما يأتى : صورة الكميالية .
مصر في ٣٠ يناير سنة ١٩٧٤ مبلغ ١٠٠٠ جنيه م
في ٢٥ فبراير المقبل ادفعوا الى وتحت اذن زيد مبلغ الف جنيه مصرى والقيمة وصلتنا بالحساب
بكر.

الخلاصة بالامكنة

وعلى ذلك يعتبر بكر صاحب tireur وخاله السحوب عليه tire وزيد حامل السند preneur أو bénéficiaire (والمثل الذي ضربته في سند الجمالة يحمل صاحب هو نفس حامل السند - المادة ١١٠/١٠٥ تجازي -)

ولا عبء بعد ذلك بما إذا كان يريد بهذا المبلغ القيام بعمل مشروع أو غير مشروع أى لا عبء بالباعث له على البيع لأجل استخدام المبيع في أعمال مشروعة أو غير مشروعة ولكن برغم صحة هذه القاعدة القائمة بعدم الالتفات قانوناً إلى الباعث فإن القضاء قد جرى على اعتبار الباعث في مرتبة واحدة مع السبب وذلك في حالة ما إذا كان العاقد الآخر يعلم بهذا الباعث الذي يحول بمجمله العاقد زميله . لذا يعتبر الباعث في هذه الحالة أمراً ملاحظاً بالعقد وأنه بدونه لا يمكن أن يتم العقد من حيث التعاقد القانوني .

والباعث لا يخرج هنا عن واحد من اثنين . إما أن يكون باعثاً مشروعاً ومطابقاً للأخلاق العامة وإما أن لا يكون

١٦٧ - 'باعث مشروع' : اشترى زيد من بكر ألف أردب قمح ليوردها للجيش في وقت معين ويعلم بكر هذا الظرف أى هذا الباعث الذي جعل زيدا يشتري منه . أو اشترى زيد قطعة أرض مسطحها ستة آلاف متر لبنائها مدرسة ويعلم البائع هذا الظرف أى هذا الباعث . فإذا لم تسلّم أردب القمح إلى زيد في الميعاد المعين أو إذا ظهر أن مساحة الأرض هي ألف متر جاز للقاضي في هذه الحالة التعويل على هذا الظرف أو الباعث الذي دفع زيدا إلى الشراء . ويجوز حينئذ للشخص أن يطلب فسخ العقد ^(١) لعدم قيام البائع بالوفاء في الوقت المناسب أو لعدم تسليم الأرض بالقدر المتفق عليه . لأنه ما دام أن المدين بالتسليم وهو البائع يعلم بالباعث الذي دعا المشتري للشراء يعتبر أنه قد التزم أيضاً باحترام هذا الباعث . وقلنا يجوز طلب الفسخ ولم تقل بطلب إلغاء العقد ^(٢) لأن في الإلغاء انتفاء السبب ، والسبب موجود هنا . والفسخ يستند إلى عدم الوفاء بما حصل التمسك به طبقاً للمادة ١٨٤ مدني فرنسي ^(٣)

١٦٨ - 'باعث غير مشروع' : في هذه الحالة إذا علم العاقدان بهذا الباعث

اعتبر الالتزام باطلاً أى يعتبر العقد كأنه غير موجود. ولم تنج أحكام المحاكم التى قررت بطلان العقد من نقد الناقدين . ومثال ذلك

(١) استأجر المستأجر شقة من المالك على هذا الشرط الصريح بأن الشقة ستعده لـ **قصب القمار** ^(١)

(٢) أعد مالك بيته ليكون منزلاً للبغاء ثم أجره للمستأجر ليستمر فى استغلاله على تلك الحال . فى هذه الحالة يبطل العقد لعدم مشروعية السبب ^(٢)

٣ - اقترض شخص مبلغاً من آخر وكلاهما يعلم ان المبلغ معد لشراء بيت لبغاء . يبطل عقد القرض هنا أيضاً لعدم مشروعية السبب ^(٣)

٤ - لا تقبل الدعوى المرفوعة من شخص يدعى فيها بأنه أقرض شخصاً آخر مبلغاً ليستخدمه هذا الأخير فى الاستمرار فى لعب القمار ^(٤)

٥ - ترفض دعوى الدائن الذى يدعى بأنه ورّد أشياء للطعام للبدن باعتبار هذا الأخير صاحب محل معد للبغاء . وكذلك يبطل عقد اجرة الأشخاص ^(٥)
المقود بين الخادم وبين هذا المحل بقصد الخدمة فيه . والأولى لهؤلاء الدائنين أن يقبضوا حقوقهم فى الحال دون افعال ولا تقبل الدعوى منهم أمام المحاكم لعدم مشروعية السبب فيها ^(٦)

٤ السبب فى الهبة

١٦٩ يقول السببيون إن السبب ^(٧) فى الهبة هو نية التبرع ^(٨) ونية التبرع هى الدافع الذى يدفع كل واحد للتبرع

ولكن يلاحظ فريق آخر من طائفة السببيين أنفسهم ان هذا التعليل غير منتج لانه تحصيل حاصل ولانه يفسر التعليل بنفس التعليل ^(٩) أى ان الواهب يتبرع لانه يريد التبرع . ويرى هذا الفريق انه لاجل معرفة السبب فى الهبة يجب معرفة الدافع

(١) ٥٠٠٠٠ د (٢) ٢١٥٢٥٦٥ د - س ٢٠٢٥٢٥٦٤ د (٣) ٢١٣٥١٥٩٥ د

س ٩٦ ٢٨٩٥١ مقال Appert (٤) ٢١٣٥١٥٩٢ د - س ٥٠٠٠٠ د

(٥) ٢١٩٥١٥٩١ د - س ٤٨٤٥١٥٩١ د (٦) ٢١٩٥١٥٩١ د

(٧) cause (٨) l'intention libérale أى animus donandi (٩) tautologie

الذي دفع الواهب للتبرع. والدافع هذا أي الباعث - وهو أمر شخصي خاص بالواهب - يمتزج حتماً مع السبب. وعلى ذلك تتوقف صحة الهبة على ما إذا كان هذا الدافع مخالفاً أو غير مخالف للنظام العام. ويظهر أن هذا الرأي يتفق مع المصلحة العامة، لأن الهبة أمر مخوف بالخطورة، وفي غير مصلحة أسرة الواهب ولأن الباعث فيها أحياناً مشوب بشوائب معيبة. ولا يمكن للقانون الاقرار بصحة الهبة إلا إذا تأكد من صحة الباعث ونظيره من كل عيب يشوبه^(١) وهذا ما قل به دوماً ونحاجه القضاء في الوقت الحاضر وذلك في موضعين :

(١) إذا طرد الراجع للواقف مخالفاً لموضوع العامة : الاصل في الهبة أن تكون صحيحة للمحظية^(٢) إذا كان الباعث فيها مجرد نية التبرع أو لاجل تمكينها من أن تعيش عيشة لا تتكفف فيها الناس وذلك تدويضاً لها عما نزل بها من الاضرار الناشئة عن استهوائها من جانب الرجل^(٣) ولكن إذا كان الغرض من الهبة إلى المحظية هو اقناعها بالبقاء مع الماشر لها اعتبر الغرض من الهبة معيباً وعلى ذلك اعتبر السبب غير مشروع^(٤) وكذلك الهبة أيضاً إلى أولاد الزنا وأولاد المحارم^(٥) إذا تصح هذه الهبة إذا ورد بمقد الهبة ما يشير إلى هذه الرابطة غير المشروعة^(٦) وفي غير ذلك تصح باعتبارها هبة عامة الباعث فيها مجرد النية في التبرع^(٧)

(٢) ورد بالمادة ٩٠٠ مدني فرنسي بأن الهبة المعلقة على شرط مخالف للقانون أو للعوائد الحسنة تعتبر صحيحة ويعتبر الشرط الوارد بها كأنه غير موجود. ولكن القضاء الفرنسي عمل على تفسيرها تفسيراً يذهب بالنص حيث قرر أنه إذا تبين من عقد الهبة بأن الشرط المصيب كان الدافع المباشر للواهب بحيث لولا هذا الدافع ما وهب فيجب اعتبار الهبة باطلة. وكل ذلك أخذنا بنظرية السبب^(٨)

(١) كولين وكاتبلان ج ٢ ص ٣٠٣ (٢) concubine (٣) استئناف ١٣ يونيو سنة ١٩٠٩ م ر ١١٥١٠ ٦ دى مجلس ج ٣ ص ١٢٠ ب ٢٣ (٤) ٤٥٥٢٥٩٠١٥ د (٥) adultérins ou incestueux (٦) ٢٧٣٠٢٥٩٠٢٥٠ ص ٢٨١٥٢٥٩٠٢٥٠ (٧) تارن استئناف ١٠ مارس سنة ١٨٩٧ م ت ق ١٩٠٥٩٥ (٨) ٦١٥٨٥٠٠ ٤٩ ومقال Labbé - كولين وكاتبلان ج ٢ ص ٣٠٥

٥ - في الالتزام مجهول السبب

١٧٠ - ورد بالمادة ١١٣٢ مدنى فرنسى ما يأتى : « ومع ذلك يعتبر العقد صحيحاً ولو أن السبب لم يكن معيناً بالعقد » والمستفاد من هذا النص انه اذا تمهد شخص بدفع مبلغ لآخر دون أن يذكر سبب التمهيد في نفس العقد صح التمهيد ومثل هذا التمهيد قليل الوقوع في مجال العمل لان العمل جرى على ذكر السبب بالعقد ويقرر القانون التجارى لزوم ذكر سبب السند التجارى كميالة كان أو سندا تحت الأذن (المادة ١٠٥ / ١١٠ تجارى و ١١٠ فرنسى). ويظهر أن عدم ذكر السبب بالسند انما يرجع الى رغبة الماقدين في عدم تعريض هذا السبب للنزاع في صحته أو عدم صحته ويحصل ذلك في الغالب فيما اذا كان الدائن مرابيا اذ يخشى طرح السبب على بساط البحث فيفضى سر العقد

١٧١ - ولما كانت المادة ١١٣٢ محل خلاف بين المفسرين رأينا الامام بماضيها وحاضرها للتعرف على حقيقة الخلاف الحاصل فيها

(١) في التعهد غير المسبب عند الرومان : تختلف القواعد هنا باختلاف العقود : فاذا كان العقد خاصاً بالارض ^(١) فلا يوجد الالتزام القانونى الا اذا حصل بالفعل عد النقود الى المقرض أى انه يجب على المقرض أن يقيم الدليل على انه دفع المبلغ بالفعل الى المقرض . واذا كان العقد خاصاً بعقد المشاركة ^(٢) فإن الالتزام يحصل قانوناً عند مجرد النطق بالالفاظ المعروفة ^(٣) حتى لو لم يأخذ شيئاً من المبلغ المقرض لان التزامه ينشأ عن الاوضاع الشكلية بصرف النظر عن حقيقة الواقع ولكن مع ذلك قد تقررت للدين الذى لم يستلم المبلغ في الحقيقة مع حصول الاوضاع الشكلية ، دفعه يدفع بها الدعوى الموجهة ضده : ذلك أن « البريتور » أبلغ له دفع الدعوى بالدفع الخاص بالشئ ^(٤) وقرر له القانون المدنى نفسه ^(٥) ان يبدأ هو بمخاصمة خصمه ومماغته بالهجوم بان يرفع عليه دعوى برامة الذمة ^(٦) وفي هاتين الحالتين

(١) mutuum (٢) stipulation (٣) spondesne و spondeo أى هل قبلت
يقول للدين نعم قبلت (٤) Exception de dol (٥) Droit civil (٦) condictio

يجب على المدين إقامة الدليل على ما يخالف الظاهر ، أى الظاهر المؤيد بالأوضاع الشككية للمقد أى انه يجب عليه إقامة الدليل على ان لا سبب للمقد ولما جاء العصر الامبراطورى وشاع السند الكتابي وجب على المدين الذى يدعى خلاف الثابت بالسند ان يقيم الدليل على انتفاء السبب ولكن جاء كلوا كاللا^(١) ورأى ان هاتين الوسيطتين لا تتفقان مع المنطق ولذا صدرت فى عهده قوانين قررت بان الذى يحمل بسبب الاثبات هو الدائن لا المدين وما على هذا الاخير الا ان يدفع الدعوى قبله بالدفع الخاص بعدم عد النقود اليه^(٢) فيلزم الدائن فى الحال باقامة الدليل على تسليمه النقود الى المدين ولما أخذ بهذه الطريقة وقبين فيها بعد باتها تحت بالتشدد على الدائن ، تقرر فى عصر جوستنيان ضرورة التفرقة بين حالتين : ذلك انه اذا تبين ان السند المحرر على المدين قد ورد به عبارة صريحة ما يفيد استلامه للدين فلا يلزم الدائن باثبات أى شئ ما . اما اذا ورد بالسند ما يفيد بان المدين التزم بالبلغ دون تعيين سبب الالتزام وجب على الدائن فى هذه الحالة اقامة الدليل على ان تسليم المبلغ للدين حصل فعلا وفى الواقع

اما القانون الفرنسى القديم الذى كان معمولاً به قبل سن قانون نابليون سنة ١٨٠٤ فانه اخذ بالقاعدة الرومانية القديمة وأهل التفرقة التى عمل بها فى عصر جوستنيان ، وقرر بان المدين الذى يدعى بعدم تسليم المبلغ اليه ملزم باقامة الدليل على كل حال . وعند عدم قيامه بالدليل اصبح السند حجة عليه^(٣)

١٧٢ - ٢) فى قوة اثبات السر غير المسبب فى العصر الحاضر . رأينا ماقرته المادة ١٣٣٢ مدنى فرنسى التى لا مثيل لها فى القانون المصرى . اذ قررت ان السند مجهول السبب يعتبر صحيحاً ولكنها لم تترك شيئاً عن الاثبات وعن استحتمل عبثه ولم تبين لنا ما اذا كان الدائن غير مكلف فى هذه الحالة باقامة الدليل على سبق وجود سبب صحيح للسند

السبب إنما يرى به الدائن إلى عدم تعريض السند إلى النزاع في مصدره أي أن الدائن يريد إعفائه من تحمل عبء الإثبات من جانبه ، وهو ما رضى به نفس الدين . على أن الدين ليس محروماً من حق إقامة الدليل على أن لا سبب للعقد أو أن سببه غير صحيح أو غير مشروع ^(١)

١٧٣ - الفقه المصري : يقول الفقه المصري بأنه إذا لم يبين السبب بالسند المحرر على الدين وجب افتراض وجود السبب . وعلى الدين الذي يدعى عدم وجوده إثبات ذلك ^(٢) . وكفى الدائن حينئذ الاستناد إلى سنده ولا يكلف بأي إثبات ما ^(٣) أما فتحي باشا زغول فلم يقل شيئاً في هذا الصدد ^(٤)

١٧٤ - القضاء المصري : يرى القضاء المصري أنه يجوز للدين إثبات أن السند ليس له سبب أي أن الدائن لا يكلف بالإثبات ^(٥)

هذا والقضاء هنا وهناك مجمع على أنه إذا تبين بأن السبب الظاهر بالعقد سبب صوري جازل للدائن إقامة الدليل على السبب الحقيقي لمقدمه ، فإذا كان السبب صحيحاً صح العقد ^(٦) . وكذلك إذا كان السبب الوارد بالسند سبباً كاذباً جاراته السبب الحقيقي ^(٧) أي إذا ظهر أن السبب المبين بالعقد سبب غير مطابق للحقيقة والواقع جازت إقامة الدليل على أن هناك سبباً حقيقياً آخر . وإذا لم يتم الدليل على ذلك وجب الحكم ببطالان العقد ^(٨)

النشريع الاجنبى والسبب

١٧٥ - أخذ عدد خفير من الشرائع الأجنبية بنظرية السبب كالتانون الايطالى الصادر في سنة ١٨٦٥ (المواد ١١١٩ - ١١٢٢) والقانون الاسبانى الصادر سنة ١٨٨٩ (المواد ١٢٧٥ - ١٢٧٧) وقد عرفت المادة ١٢٧٤ الاسبانية السبب

- (١) كولين وكاتان ج ٢ ص ٣٠٨ (٢) دى مجلس ج ٣ ص ١١٧ ن ١٤ (٣) دى مجلس ج ٢ ص ١٢٠ ن ٢١ (٤) شرح القانون المدني له ص ١٣٥ (٥) استئناف ١٨ مايو سنة ١٩١٤ م ١٠٠١٦١ - استئناف ١٠ مارس سنة ١٩٧ م ت ق ١٩٠٥٩٥ (٦) استئناف ١٦ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ت ق ٩٥٢٣٥ - دى مجلس ج ٣ ص ١٢١ ن ٢٥٧ (٧) م ت ق ١٥٠٠٢١٥ (٨) م ت ق ٢٧٥٠٢٧٧

وهناك بعض الشرائع الأجنبية لم تأخذ بنظرية السبب مثل قانون الالتزامات السويسري إذ أشار للمادة ١٧ منه إلى محل العقد فقرر أن يكون مشروعاً وأن لا يكون مستحيلاً أو مخالفاً للعوائد الحسنة. ولم يشر إلى السبب. ولكنه مع ذلك قرر في عرض كلامه على نظرية الإثراء بلا سبب^(١) أنه من الضروري في كل حالة إثراء من وجود سبب^(٢) ويقول اللاسبيون في ذلك أن غرض الشارع السويسري الإشارة إلى النظرية الرومانية المعروفة^(٣) باعتبارها نظرية سليمة قديمة. وفعل كذلك القانون الألماني الحديث إذ لم يشر إلى السبب ولكنه أشار إلى نظرية الإثراء بلا سبب فأجاز فيها الرد (المادة ٨١٧)^(٤)

في الآثار العامة للعقود

١٧٦ - للعقد أثر بين العاقدين وله أثر بالنسبة للغير

في أثر العقد بين العاقدين

١٧٧ - من المعلوم أن العقد شريعة المتعاقدين وهو ماقرته المادة ١١٣٤ مدني فرنسي حيث نصت على أن «العقود المقودة طبقاً للقانون تعتبر بمثابة قانون بالنسبة لمن تعاقدا فيها. ولا يجوز الناقضها إلا برضاء الجميع أو لأسباب يبيحها القانون. ويجب تنفيذها بحسنة». و يترتب على الفقرة الأولى ما يأتي : -

١) يجب على العاقدين احترام العقد كقانون مادام أنه لا يخالف النظام العام والعوائد الحسنة. فإذا لم يراع ذلك أحد العاقدين جاز للآخر إكراهه بواسطة القضاء على تنفيذ العقد أو دفع تعويض. و يترتب على هذه القاعدة الأخذ بالتقرين الثانية والثالثة للمادة ١١٣٤ المذكورة أي أنه :

١) لا يجوز المدول عن العقد إلا برضاء العاقدين معاً^(٥) أو بسبب يقرره القانون وليس لأحدهما وحده حق المدول والثناء إلا إذا كان هذا الحق مقررأ له بالعقد. كمقد البيع الإلزامي أو كان مقررأ بالقانون. كتأخير البيع بغير مدة محددة

(١) enrichissement sans cause (٢) cause (٣) condictio sine causa

(٤) بلايول ج ٢ ص ٣٤٩ و ١٠٤١ و (٥) distractus

اذ يجوز لكل منهما اخبار الآخر بانتهاء العقد في المدة المناسبة ، أو كعقد العمل بغير مدة معينة ، على شرط مراعاة عدم التمسك في استعمال هذا الحق ^(١) وكان التمسك آتياً من جانب رب العمل (المادة ٤٠٤ / ٤٩٢ مدنى) بحيث اذا حصل فسخ العقد وشابه التمسك في استعمال الفسخ استحالت حق العاقد الآخر الى تمويض أى « مطالبة التمسك بمبلغ من النقود » فقط . لا يكره على المودة للعمل اذا كان التمسك عاملاً . كما انه لا يكره رب العمل على قبول العامل اذا كان التمسك هو رب العمل .

فالعامل حر في الخروج من العمل في أى وقت يشاء . وكذلك رب العمل حر في اخراجه في أى وقت يشاء . انما هذه الحرية تعتبر مخالفة للقانون أى يقرر لها القانون «جزءاً منياً» ، اذا استخدمت بغير حق ونال العاقد الآخر ضرر معين هذا الجزء المدنى يتمشى على العامل في الحكومة موظفاً أو مستخدماً . وعلى العامل خارج الحكومة . ولكن رأى الشارع المصرى أخيراً امتناع الموظفين أو المستخدمين (ثلاثة على الأقل) ، أو امتناع العمال الذين يشتغلون في أعمال خاصة ذات امتياز وذات منفعة عامة كعمال الترموى والنور ، رأى هذا الشارع أن الامتناع هذا عن العمل يعتبر جنحة يعاقب عليها قانون العقوبات (المادة الاولى والمادة ٣٣٧ مكررة عقوبات من قانون ٩ سبتمبر سنة ١٩٠٣ رقم ٣٧) اذا حصل هذا الامتناع بدون مسوغ شرعى ^(٢) بالنسبة للموظفين ودون مراعاة اجراءات خاصة من العمال وهى اخطار المدير أو المحافظ قبل الامتناع عن العمل بمدة ١٥ يوماً (المواد المذكورة) . ويلاحظ على هذا القيد الجنائى انه خاص بالجماعات أى انه لايسرى على الفرد بمفرده ، ولا على اثنين من الموظفين ولا على الافراد دون الجماعات من العمال ^(٣) ومعنى ذلك أن العمال يكرهون على البقاء في العمل مدة ١٥ يوماً حتى ولو كانت مطالبهم على حق لان ترك العمل ملاحظ فيه المصلحة العامة في هذه الحالة ٢) يجب تنفيذ العقد بحسنية ولا يتمشى تنفيذه على ما ورد به بالنص الصريح . بل يتناول التنفيذ أيضاً ما يتصل بالعقد بحكم العدالة والعادة طبقاً لما يترده

القانون بالنسبة لطبيعة العقد (المادة ١١٣٥ مدني فرنسي) فإذا باع تاجر محله التجاري فلا يجوز له أن يقوم بأعمال يريد بها مزاحمة المشتري بما يترتب عليه تنقيص قيمة المحل المباع

(٣) يجب على القاضى احترام إرادة المتعاقدين أى احترام القانون الذى وضعه المتعاقدان لنفسهما وإذا كان ليس للقاضى تعديل القانون ولا المساس بأركانه، فكذلك الحال أيضاً بالنسبة للعقد باعتبار هذا الأخير قانون المتعاقدين . ويترتب على هذه القاعدة ما يأتى :

١ - إذا ظهر قانون جديد معدل بقانون قديم وكان العقد موضوعاً فى عهد القانون القديم فلا يجوز للقاضى الأخذ بالقانون الجديد . مثلاً حصل الاتفاق على الفوائد طبقاً للمادة ١٢٥ / ١٨٥ مدني قبل دكريتو ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٢ باعتبارها ١٢ ٪ . ثم صدر هذا الدكريتو جاعلاً الحد الأعلى ٩ ٪ . فلا يجوز للقاضى المساس بالفوائد المقررة بالعقد

٢ - فى تفسير القاضى للعقد، يجب أن يرمى إلى غرض المتعاقدين بصرف النظر عن الالفاظ مستعيناً بطبيعة العقد والمادات (المادة ١٣٨ / ١٩٩ مدني) وأن يزول الشك فى مصلحة من يلتزم (المادة ١٤٠ / ٢٠١ مدني)^(١)

وإذا كان العقد هو القانون الخاص بجانب القانون العام فهل يجوز لمحكمة النقض والابرام الاشراف على تفسير القاضى للعقد^(٢) . أجاز النقض فى فرنسا أولاً الايجاب ثم عدل عنه إلى السلب قائلًا إن التفسير من المسائل الموضوعية^(٣) ولكن يجوز تدخل النقض إذا قرر الحكم بأن العقد عقد بيع مثلاً ثم أخذ بأحكام الإيجار ولا يجوز التدخل إذا لم يكن هناك حاجة لتفسير المحكمة للعقد وما دام أن نصوصه صريحة^(٤) على أن فى التوسع فى التدخل تشويهاً للقاعدة القائلة بعدم التدخل

٣ ليس للقاضى أمام نصوص العقد - مهما بلغت بها الشدة - فى تقرير الالتزام

(١) راجع فى ذلك كله للواد ١١٥٦ - ١١٦٤ مدني فرنسي (٢) نريد بالنقض النقض الجنائي إذا كان النزاع ذا صورتين مدنية وجنائية كالنزوي والنصب والتبديد وما ينشأ عنها من الخلاف فى تفسير عقودها (٣) ١٠٨٥١٥٨١ - س ١٠٨١٥٨١ - ٢٩٧
(٤) س ١٠٤٥١٥٩٤

بما يخالف في نظره العدالة - أن يعدل أو يغير قيمتها مثل اشتراط صاحب المصنع توقيع غرامات على ما يقع من العمال من المخالفات . أو ما تشترطه شركات التأمين من سقوط الحق عند حصول مخالفة معينة بمشارطة التأمين ^(١) على ان القانون نفسه قد خالف هذه القاعدة بشأن الاجرة في الوكالة (المادة ٥١٤ / ٦٢٨ مدني) سواء كان الوكيل وكيلا عاديا ^(٢) أم وكيل اشغال ^(٣) أم مسماراً ^(٤) أم وكيلا بالعمولة ^(٥) اذا لم يعمل باسمه خاصة (المادة ٨٢ / ٨٧ تجاري) ، وهو الوكيل المأجور في كل ^(٦)

في آثار العقود بالنسبة

(v) خلطاء العاقدین

١٧٨ - الخلفاء هم اما الورثة أو الموصى اليهم ، واما الدائنون العاديون واما

الخلقاء يعقد خاص

(١) الخلفاء يومه عام وفهم الورثة والموصى بهم^(٨) : العقد وهو حجة

١ - العقود التي يرحم فيها إلى شخصية الماقدن مما أو إلى شخصية أحدھما^(١) :
انه يتماقد عن نفسه وعن وراثته (المادة ١١٣٢ فرنسی) ولھذه القاعدة استثناءات :
على المورث حجة على وراثته . وموته لا یغیر من نتائج العقد لان المفروض فیمن يتماقد

هذه العقود تنمى بموت من حصل التعاقد معه اعتماداً على شخصيته كالشركات إذ تنقضى بموت أحد الأعضاء (المادة ٤٤٥ / ٥٤٢ مدني و ١٨٦٥ و ١٨٦٧ و ١٨٦٩)
فرنسي للاعتبار الشخصي الشامل للكل^(١٠)، وعقد العمل بالنسبة لوفاء العامل لاصحاب العمل . والتعاقد مع المصور يربط وريثة العاقد أمام المصور لا وريثة المصور أمام العاقد
٢ - إذا حصل الاتفاق في العقد على أن العقد لا يسري بعد وفاة أحد العاقدين .

كمقد الأبحار مثلا

mandataire (٢) ١٨٣١٠١٩١٣ - ٢٣٨٠١٠٩١٦٥ (١)
 manda- (٦) commissionnaire (٥) courtier (٤) agent d'affaires (٣)
 taire salarié (٢) وبخصوص اطلب المحاماة راجع كتاب الرضايات للمكتور ابو هيف بك سنة ٢٥٠
 successeurs à titre universel (٨) les ayants-cause des parties contractantes (٧)
 effectus fraternitatis (١٠) intuitu personae (٩)

٣. — لا يجوز للمورث قبل وفاته أن يتناقد على أن العقار الذي اشتراه يدفع ثمنه وارث معين من ورثته . أو أن العقار الذي باعه في حياته يدفع ثمنه الى وارث معين من ورثته . لان كلا من هاتين الصورتين مقرر لميزة التفاضل بين الورثة بعد وفاة المورث وهذا محظور شرعاً لانه لم يخرج عن كونه مخالفاً للقاعدة الشرعية القائلة بان لا وصية لوارث الا اذا أجزأها باقى الورثة

(٢) المأمور بالمادوية : للدائن المادى حق الضمان المام على أملاك مدينه وهذا الحق قابل للزيادة والنقص تبعاً لما يجزبه المدين من الاعمال الايجابية أو السلبية ومن هنا تعتبر تصرفات المدين حجة على دائته المادى أخذاً بالقاعدتين المعروفتين في أن الدائنين الماديين في مستوى واحد مع الخلقاء بوجه علم^(١) ولان المدين في تصرفه كان يمثل دائتيه الماديين . وسرى في نظرية الاثبات أن لهاتين القاعدتين استثناءات وهى دعوى الابطال ودعوى نزع الملكية أو الحجز العقارى والاقتلاص وورقة الضد

٣) الخلف اخاص :^(٢) الخلف الخاص هو ما اكتسب حقاً معيناً من مال أصيله^(٣) فهو يحل محل الاصيل في هذا الحق . أو بعبارة أخرى يكتسب الخلف الخاص الحق وهو محل بالتكاليف التى تقررت عليه قبل استناذه اليه . وعلى ذلك فهو مربوط بما اتصل بالحق من القيود أو الحقوق التى تقررت عليه أو له قبل اكتسابه فاذا كان الحق قابلاً من قبل للانقضاء أو الفسخ أصبح كذلك في يد الخلف الخاص والحول اليه في دين يستفيد من التأمينات المقررة للمدين

ويستفيد المشتري من حقوق الارتفاق التى تقررت على العقار قبل شرائه له كما انه يتحمل ما تكلف به العقار من حقوق الارتفاق السالبة وبائع المحل التجارى^(٤) ممنوع من القيام بعمل يراحم به المشتري فيمطل عليه استغلال المحل وهو ممنوع أيضاً من ذلك كله قبل من يشتري من المشتري^(٥) هذه القاعدة على خلاف مظاهرها العملية تصح كلها كان القيد أو للعائدة

(١) ayant cause à titre universel (٢) ayant cause à titre particulier (٣) sous-acquéreur (٤) fonds de commerce (٥) auteur

لذلكان نعلقاً بالحق المبيع، قد انفصلا به من حيث تكوينه ^(١) فهل تصح هذه القاعدة أيضاً فيما إذا كانت هذه القيود أو الفوائد لم تتصل بالحق اتصالاً تكوينياً يرجع لتكوينه بل اتصالاً عرضياً فقط ؟ أى هل يلزم المشتري باحترام العقود الأخرى المرضية التي عقدها البائع لمناسبة انه قد كان هو المنتفع بالمقار المبيع ؟ مثال ذلك

١ - إذا سبق للبائع ان امن على عقاره المبيع ضد الحريق فهل يسرى عقد التأمين هذا على المشتري ولو انه لم يرد ذكر لذلك بمقد البيع وهل يلزم مشتري المحل التجارى باحترام العقود المعقودة مع البائع وعمال المحل أو الموردين للمحل ؟
المفتى به هنا بان مثل هذه العقود لا تسرى على المشتري ما دام أن عقد البيع قد سكت عنها كل السكوت، ولو قيل بان هذه العقود لا صلة لها بشخصية البائع وذلك لان المشتري لا يلزم الا بما رضى به نصاً وصراحة . كذلك لا يحمل المشتري بقوة القانون ^(٢) محال البائع في الحقوق التي تفرزت للبائع في شخصه . لان هذه العقود ولو انها تفرزت لمناسبة المقار المبيع الا أن لها صفة شخصية ترجع لشخص البائع وهي على هذا الاعتبار لا تربط بخلف الخاص

ولهذه القاعدة استثناء آت . مثلاً تأجير المقار قبل بيعه . اذ يعتبر عقد الايجار حجة على المشتري اذا ثبت تاريخه ، الا اذا سبق للبائع ان اشترط على المشتري حق فسخ عقد الايجار عند بيعه

٢ - والمثل الثاني هو ما اذا كانت شركة المنجم تملك سطح أرض المنجم وباعت هذا السطح واشترطت عدم مسئوليتها فيما يحتمل أن يصيبه من اضرار استغلال المنجم تحت الارض . فهل ينفذ هذا الشرط على المشتري من مشتري سطح المنجم من شركة المناجم ، أم لا يسرى ؟ الرأي في ذلك معقود بما اذا كان هذا الشرط يعتبر في ذاته شرطاً خاصاً بشخص المشتري من الشركة (أى تكليفاً شخصياً يقوم به المشتري بالذات) أو شرطاً عينياً عقارياً أى حق ارتفاق عيني يتحمل به سطح الارض . فاذا اعتبر تكليفاً شخصياً فانه لا يسرى على المشتري من المشتري . أما اذا اعتبر تكليفاً عينياً يتحمل به العقار في أى يد وجد المقار فانه يعتبر حجة

على المشتري من المشتري ، وقد أخذ بهذا الرأي الاخير القضاء الفرنسي ^(١) والرأي الصحيح هو اعتبار مثل هذا الشرط شرطاً شخصياً لا عينياً ^(٢)

في آثار العقد قبل الغير

(١) في نظرية التعاقد للغير

١٧٩ - من المقرر أن العقد لا يتعدى أثره العاقدين وهذا ما نصت عليه المادة ١١٦٥ مدني فرنسي فأيدت القاعدة الرومانية المعروفة ^(٣) أي أن العقد لا يسرى على من كان أجنبياً عنه . ويراد بالأجنبي ^(٤) من لم يكن ممثلاً تمثيلاً قانونياً صحيحاً في شخص أحد العاقدين . فلا يسرى مثلاً العقد الصادر من واضع اليد على المالك الحقيقي ١٨٠ - ولكن نظراً للمصلحة العملية تقررت استثناءات للقاعدة المتقدمة وهي :

(١) أعمال الوارث الظاهر ^(٥) حجة على الوارث الحقيقي وهذا أخذاً بالقاعدة القائلة « الخطأ الشائع يقرر حقوقاً » ^(٦) وقد رجع في تقرير هذه القاعدة الى المدالة . وربما كان الأفضل في تقريرها الرجوع الى المادة ١٥١ / ٢١٢ و ٢١٣ مدني ١٣٨٢ فرنسي باعتبار أن الوارث الحقيقي قد قصر في ظهوره والمطالبة بحقوقه . فإذا قصر فعليه تعويض الضرر الواقع بفعله . وفي هذه الحالة لا يجوز إبطال عمل كان هو السبب في حصوله ^(٧) وهذا أخذاً من طريق القياس بهذه القاعدة التي تقررت في غضون القرن الثامن عشر « بأن حيازة المنقول سند الملكية » ^(٨)

(٢) والاستثناء الثاني للقاعدة هو أن الوفاء الحاصل للحائز لسند الدين هو وفاة

(١) ٥ د ١٥٩٠٠ ٣٦١ - س ١٥٩٠١ ٤٧٠ ومقل Tissier - البانديكت الفرنسية ١٩٠٠ ١٥
٢٤١٥ ومقل Geny (٢) كولين وكاتبان ج ٢ ص ٣١٥ (٣) res inter alios acta, etc...
(٤) penitus extranei (٥) héritier apparent (٦) l'erreur commune fait droit أي error communis facit jus د ١٥٩٠٠ ٣٣٥ ومقل Sarrui - س ٩٧٥ ٣١٣٥١
(٧) كولين وكاتبان ج ١ الطبعة الثانية سنة ١٩١٩ ص ٩٧٣ - ٩٧٥ ج ٢ ص ٣١٨ (٨) بخصوص
الحالة الظاهرة في الجنسية Possession d'état ، راجع الى كتاب الدكتور ابو هيف بك في الدولة
الخاص بند ١١٦ وفيه تقرير المحاكم المختلطة لاحترام الحالة الظاهرة في الجنسية في ظروف خاصة

صحیح، أى الوفاء الحاصل للدائن الظاهر يكون حجة على الدائن الحقيقي (المادة ١٢٤٠ مدنی فرنسی وهو حکم علم وهو ما قرره أيضاً المادة ١٤٨/ ٢٠٩ مدنی مصری) والحكمة في تقرير هذين الاستثناءين أن كلا من الوارث الحقيقي والدائن الحقيقي مخطئ، فعليه تبعه عمله .

(٣) من تلويح إشهار إفلاس المدين يعتبر دائنوه من طبقة الغير فلا تسرى عليهم أعماله ولكن اذا رضيت أغلبية الدائنين بالتصالح معه^(١) أصبح رضاؤهم حجة على الأقلية وذلك لان الدائنين^(٢) يعتبرون جماعة^(٣) أو مجموعاً كلياً^(٤) متميزاً عن الدائنين منفردین

(٤) من المقرر قضاء في أحوال النزاع في الملكية العقارية أنه اذا تنازع اثنان زيد وبكر مثلاً وكان زيد واضح اليد وادعى بكر الملكية مستنداً الى سند تمليك صادر اليه أوالى الملك له قبل وضع يد زيد وجب الحكم بالملكية لبكر رغم عدم صدور هذا العقد من زيد^(٥) لانه مادام أن زيداً لم يقم الدليل على أنه كان واضح اليد قبل هذا السند التقدم فلا يجوز له الاحتجاج على السند بعدم صدوره منه^(٦) والسبب في تقرير هذا المبدأ القضاء أنه اذا أخذ بمكسه اعتماداً على أن العقد لا يعتبر حجة على زيد مادام أنه ليس صادراً منه، تزعزعت الملكية في أيدي الناس واضطربت، لانه من المستحيل الجرى وراء هذا الغير وهو زيد وقت التعاقد وأخذ رضائه به^(٧)

(٥) عقود الادارة الصادرة من المستقل حجة على الغير . كعقود الايجار الصادرة من المشتري وقائماً حجة على البائع عند استرداد هذا الاخير للعقار (المادة ٣٤٥/ ٤٣١ مدنی ١٩٧٣ فرنسی)^(٨)

(٦) التعاقد لاجل الغير^(٩) . هذا هو أهم الاستثناءات المتقدمة اذ بموجب التعاقد بين الماقدین يمكن ان ترتب مصلحة للغير فيستفيد هذا الغير من العقد القى ترتب له هذه الفائدة

(١) concordat (١) masse (٢) corporation (٣) être collectif (٤)
(٥) ١٥٢ ١٥٩ ١٥٥ (٦) ١٢٥ ١٥٩ ١٥٧ (٧) كولین وكاتان ج ١ ص ١٠٠٩ .
ج ٢ ص ٣١٩ (٨) بخصوص عقد الايجار الذى يحميه المشتري بالزاد العقارى من المحكمة
اذ لم يدفع الثمن الذى رسا به عليه العقار ويبيع العقار ثانية عليه راجع كتاب للتنفيذ للذكور
ابو حيف بك بند ٩٧٦ والحكم فيه بهذا المعنى (٩) stipulation pour autrui

والآن نتكلم على نظرية التعاقد لاجل الغير . ويتناول البحث فيها المسائل الآتية : (١) ماضيها وحاضرها - (٢) آثارها - (٣) التعاقد لاجل الغير الذي لم يمين بمد

١ - نظرية التعاقد للغير

ماضيها وحاضرها

١٨١ - التعاقد للغير عقد يقع بين الطرفين يرى فيه أحدهما وبسبب التعاقد^(١) إلى جعل العقد الآخر وهو المسمى بالواعد^(٢) أو المتعهد ، يلتزم بأمر يؤديه إلى أجنبي عن العقد حالة كون هذا الاجنبي غير ممثل أو غير طرف في العقد والتعاقد للغير يختلف بناء على ذلك عن الوكالة لأن من يعمل باسم الموكل إنما هو ممثل له في العقد^(٣) والموكل^(٤) هو الذي يستفيد وحده من نتائج العقد دون الوكيل، والتعاقد للغير يختلف عن الوكالة إذ التعاقد إنما يتعاقد باسمه ، والغير هو الذي يستفيد من نتيجة العقد

ولم يكن لنظرية التعاقد للغير من الأهمية في الأزمان السابقة ما لها الآن وذلك نظراً لشيوع عقد التأمين على الحياة^(٥) في وقتنا الحاضر . وينحصر عقد التأمين هذا في أن المؤمن له^(٦) يتعاقد مع شركة التأمين التي تسمى المؤمنة^(٧) على أن يدفع لها أقساطاً مقررة^(٨) سنوياً طول مدة معينة بحيث تدفع له الشركة في نهاية هذه المدة مبلغاً معيناً إما له شخصياً وإما لشخص يمينه في مشاركة التأمين يسمى المنتفع من التأمين^(٩) وهناك أمثلة أخرى لهذه النظرية

١ - في نظرية التعاقد للغير عند الرومان^(١٠)

١٨٢ - قرر علماء القانون عند الرومان أنه من المستحيل التعاقد للغير^(١١) وهذه القاعدة نتيجة طبيعية لما يقررونه من أن آثار العقد وقف على العاقدين ،

(١) stipulant (٢) promettant (٣) représentant (٤) représenté (٥) assurance sur la vie (٦) assuré (٧) assureur (٨) primes (٩) tiers bénéficiaire police (١٠) بلائيلوج ٢ ص ٣٩٨ ن ١٢١٢ وما بعدها . - كاتان ص ٢٢٠ وما بعدها (١١) alteri stipulari nemo potest

وما كانوا يريدوا بالأخذ بنظرية الانابة^(١) وقد قرر الرومان الاولون انه لا يجوز ان يتقرر لشخص دعوى^(٢) عن عقد ما دام انه لم يظهر في العقد أو ما دام انه لا مصلحة له من تنفيذه . وعلى ذلك اذا اشترط أحد التعاقدين على الآخر ان يلتزم هذا الأخير بالتزام نحو الغير ، أصبح تعهده هذا غير مجد ما دام ان الغير لم يشترك في العقد وكذلك لا قيمة لهذا التعهد بالنسبة للتعاقد^(٣) ما دام انه ليس له مصلحة ما في تقرير التزام الغير .

وترتب على الأخذ بهذه القاعدة القاسية انه ما كان يجوز للبائع أن يشترط على المشتري دفع ثمن الصفة لشخص معين يكون دائماً للبائع له . وكان لا يستطيع الواهب أن يشترط على الموهوب له أن يقوم هذا الأخير بأعمال للغير . ولما قطع الرومان أشواطاً بعيدة في طريق المدنية وشاعت المعاملات بينهم وبين من اتصل بهم من المجاورين وغيرهم اضطروا إلى الاقلاع عن التمسك بهذه القاعدة القديمة وذلك من طريق معالجتها بوسائل مختلفة

علجوها أولاً بتقرير حق للتعاقد يستعين به في إلزام المتعهد بالوفاء إلى الاجنبي المنتفع . وطريقة ذلك أن التعاقد يشترط عند التعاقد تقدير مبلغ معين^(٤) يدفعه له المتعهد على سبيل الجزاء أو العقوبة اذا لم يتم بالوفاء للمنتفع .

ولما جاء العصر العلمى لم تبق حاجة للرجوع الى شرط دفع المبلغ اذا أجزى للطالب مطالبة المتعهد بدفع تمويض في حالة ما اذا كان للطالب مصلحة من الوفاء للمنتفع وهو الغير والمصلحة دائماً محققة .

ولكن برغم انه تقرر للطالب حق مقاضاة المتعهد فان هذا الحق لا يكفي في ذاته لأن الغير وهو المنتفع لم يتقرر له هو الآخر حق يستطيع به مطالبة المتعهد مباشرة لذا عمل الرومان على الاحتيال في تقرير هذا الحق له مباشرة . وذلك أنه تقرر بأنه عند حصول العقد بواسطة المشاركة يشترط التعاقد على المتعهد أن يقوم المتعهد بالوفاء له أو للغير الذى ينوه عنه بالمشاركة . وبهذه الطريقة يصبح للمنتفع حق القبض من المتعهد دون حق مطالبته بالوفاء . ولما جاء عصر الجمهورية تقرر للمنتفع حق مقاضاة

المتعهد مباشرة بالوفاء بما التزم به اليه وتقرر ذلك أولا في حالة الهبة المحملة بتكاليف معينة للغير^(١) ثم انتهى الامر في حكم جوستينيان بتعميم ذلك في حالة « الدوط » والوديعة وعارية الاستعمال^(٢) أو بتسليم الوديعة أو محل العارية الى شخص معين

ب - التعاقد للغير قبل وضع القانون الفرنسى سنة ١٨٠٤

١٨٣ - أخذ علماء القانون الفرنسى قبل سنة ١٨٠٤ بالنظرية الرومانية القائلة بعدم صحة التعاقد للغير ، ولكنهم علجوها من الآخرون كما علجها الرومان وقال بوتييه بما قال به الرومان في عصر جوستينيان من جواز الأخذ بالنظرية في حالة الهبة المحملة بتكاليف معينة وحالة الوديعة وعارية الاستعمال والمهر ثم أضاف إلى ذلك أيضا بأنه يجوز للبائع أن يشترط على المشتري دفع الثمن للغير وان هذا الغير يصبح ذاقق في الاستيلاء على الثمن من المشتري ويجوز للتعاقد حق مقاضاة المشتري لأجل الوفاء للغير . وعلى ذلك تصح نظرية التعاقد للغير في نظر بوتييه كلما اتصلت بقيد خاص بالتصرف في شيء ، وكما ظهرت للتعاقد^(٣) مصلحة شخصية له تقدر بالمبال في الوفاء لهذا الغير . والحقيقة في هذه الحالة الأخيرة انه لا يتولد حق للغير في مطالبة المشتري مباشرة ، ولكن يجوز للطالب حق مقاضاة المشتري وإكراهه على الوفاء للغير

ب . - التعاقد للغير وقانون نابوليون

١٨٤ - حافظ واضعو هذا القانون على التقاليد الرومانية وعملوا على الأخذ بما قال به بوتييه وذلك ان قرروا^(٤) بالمادة ١٩١٩ القاعدة القائلة بأنه لا يجوز للانسان بوجه عام ان يتعاقد الا لنفسه ثم استثنوا منها حالتين قرروهما بالمادة ١٩٢١ التي نصت على ما يأتى : « كذلك يجوز التعاقد لاجل الغير اذا كان يصح هذا التعاقد في مصلحة الطالب . أو كان التعاقد عن هبة للغير ولا يجوز للتعاقد ان يبطل التعاقد للغير اذا قرر الغير رغبته في الاستفادة من التعاقد . » ويفهم من هذه المادة ان التعاقد

(١) donatio sub modo (٢) dot (٣) commodat (٤) stipulant

(٥) كابتان من ٣٢٢ : ٣٩٩ ن ١٢١٥

للغير يصح في حالتين : أولاً : فيما إذا كان التعاقد للغير عن هبة لهذا الغير . وهذا هو التعاقد المعروف عن هبة محملة بتكاليف معينة . ثانياً . إذا كان هذا التعاقد للغير متصلاً بتعاقد في مصلحة الطالب . وهذه الحالة الأخيرة هي الحالة المقررة لنظرية التعاقد للغير

ويقول فريق من الشارحين في تفسير هذه الحالة الأخيرة المنوّه عنها بالمادة ١٩٢١ أن التعاقد للغير لا يصح قانوناً إلا إذا كان التعاقد الأصلي الذي اتصل به التعاقد للغير قد قرر مصلحة للطالب . مثلاً إذا باع الطالب عقاراً واشترط دفع جزء من الثمن إليه والباقي للغير . أو اشترط دفع الثمن كله إلى الغير وهو أحد دائنيه .

ولكن الشارحين الآخرين ينتقدون هذا الرأي ويرون عدم الأخذ به لانه يضيق من مجال استعمال نظرية التعاقد للغير . ويقررون بأن التعاقد للغير صحيح بصرف النظر عما إذا كان قد تقررت للطالب مصلحة ظاهرة في العقد الأصلي أو لم تنقرر ما دام أن له على كل حال مصلحة ما في هذا التعاقد للغير . وهذا هو الرأي الذي أقره القضاء والمقة الفرنسيان ^(١) ويستحيل أن يكون الأمر على خلاف ذلك لانه يستحيل على انسان يدرك أن يتعاقد للغير إلا إذا كانت له مصلحة ما ينشدها من وراء ذلك سواء كانت هذه المصلحة مالية أم أدبية أم مجرد العطف على الغير ^(٢) على انه من طريق آخر يفهم من العبارة الأخيرة للمادة ١١٢١ في قولها « لا يجوز للمتعاقد أن يبطل التعاقد للغير إذا قرر الغير رغبته في الاستفادة من التعاقد » أن المتعاقد لا يحل ابطال التعاقد للغير إذا رضى به هذا الأخير وأما قبل الرضاء فلهذا ذلك ومعنى تقرير الحق له في ابطال التعاقد للغير قبل رضاء هذا الأخير به ان له مصلحة ظاهرة فيه وهو قصر المنفعة المالية عليه دون أن يختص بها الغير ^(٣)

إذا تبين ذلك علمنا أن ما قرره المادة ١١١٩ من حظر الأخذ بنظرية التعاقد للغير قد أبطلته المادة ١١٢١ وقضى عليه القضاء بما اضطر الى التوسع فيه جبراً وراء الضرورات الاجتماعية الحديثة . وعلى ذلك يعتبر نص المادة ١١١٩ نصاً مهملاً لا قيمة له . أما نص المادة ١١٢١ فليس من قائمة تحصل من ورائه ^(٤) ما دام أن القضاء يقضى

(١) كولين وكاتان ج ٢ ص ٣٢٣ (٢) س ١٩٠٩-١٩١٠ ٣٤٩٥ (٣) كولين وكاتان ج ٢ ص ٣٢٣ (٤) كولين وكاتان ج ٢ ص ٣٢٤

طبقاً للاصول القانونية يجوز التعاقد للغير وعلى أى شكل كان هذا التعاقد ، ومهما كانت مصلحة طالب التعاقد للغير مالية أو أدبية أو مجرداً أظهر المطف على الغير كما ذكرنا. أى أن الحكم في تقرير نظرية التعاقد للغير قد أصبح خاضعاً للاصول القانونية العامة . وقد افق بعض الشارحين المصريين بمحذف المادة ١١٢١ لانتفاء الفائدة من وجودها ، ورأى أن نحل المادة ١١١٩ بمادة أخرى تقرر تقيض ما قرره على خط مستقيم بان تقول : « يجوز أن يشمل العقد التزاماً في مصلحة الغير » ^(١)

٥ - نظرية التعاقد للغير كما تبينها

الاصول العامة القانونية

١٨٥ - رأينا كيف مرت نظرية التعاقد للغير بهذه الأدوار التاريخية عند الرومان وفي فرنسا قبل سنة ١٨٠٤ وكيف شرع لها للشرع الفرنسي المادتين ١١١٩ و ١١٢١ وكيف فسرهما المفسرون وعلى الأخص المصريون منهم . وانتهينا بأن رأينا أن الأصول العلمية الحاضرة المؤيدة بالأحكام القضائية تبجح الأخذ بهذه النظرية باعتبارها مظهراً من مظاهر حرية التعاقد بين الأفراد وأن الأصول العلمية تعارض كل المعارضة مع هذا الحظر الذى قرره المادة ١١١٩ مدنى فرنسي

وهنا نطرح السبب الذى من أجله لم يرد الشارع المصرى أن ينقل هاتين المادتين الى القوانين المصرية سنة ١٨٧٥ ومسنه ١٨٨٣ وقت أن وضع التشريع المختلط والأهلى لانه على ما يظهر لنا قد وجد الشارع للمصرى أن لا قائمة منها ألبتة ، وأن الأفضل ترك هذه النظرية تتقرر على ضوء الأصول العامة للقانون وتحت أحكام القانون العام . وقد صح ظن الشارع المصرى لان القضاء للمصرى رجح في تقريرها الى هذه الأصول العامة دون أن يشعر بالتحرج الى ضرورة النص على هذه النظرية ^(٢) واعتبر عقد التأمين على الحياة ، وهو المظهر العملى الحى لنظرية التعاقد للغير ، عقداً خاصاً قائماً بذاته ^(٣) يجب فيه احترام إرادة التعاقد فيما اذا تعاقد للغير كأولاده وزوجته . فلذا مات فلا يملك دائنوه حق الاستيلاء على المبلغ المؤمن عليه ليتقاضوا

(١) كولين وكليان ج ٢ ص ٣٢٤ (٢) استضاف ٢٥ إبريل سنة ١٨٩٥ م ت ق •
٧ • ٢١٣ (٣) sui generis

ديونهم منه ^(١) أى ان هذا المبلغ المدفوع من شركة التأمين لا يعتبر جزء من تركة التوفى ^(٢).

من هذا كله نرى أن القضاء المصرى لم يلاق فى طريقه عند أخذه بنظرية التعاقد للغير صعوبة ما دام أن هذا العقد خاضع للأحكام العامة للقانون ^(٣).

وأما ما قرره المادة ١٣٧/ ١٩٨ م دنى فى قولها « من عقد على ذمته مشاركة بدون توكيل منه فله اختيار بين قبولها أو رفضها » فلا يتعلق بنظرية التعاقد للغير ، إنما يتعلق بتعهد أحد العاقدين بالحصول على رضا الغير ^(٤) وقد سبق أن ذكرنا ذلك ^(٥).

ونرى الآن ضرورة معالجة هذه النظرية على ضوء الأصول القانونية العامة المؤيدة بأحكام القضاء

• فى المظاهر العملية لنظرية التعاقد للغير

١٨٦ — قلنا إن أكبر مظهر على لنظرية التعاقد للغير هو عقد التأمين على الحياة . ولكن ليس هذا وحده المظهر الدال على هذه النظرية . بل هناك مظاهر أخرى، منها ما يتصل بعقد التأمين ومنها ما هو أجنبي عنه عقد التأمين ضد الحريق : فى هذا العقد يشترط الطالب اما أن يدفع له المبلغ شخصياً واما لمن يتولى عنه الشيء المؤمن عليه كالمشترى مثلاً . ويرى من هذا النوع من أنواع التأمين أن هذا العقد يوجد رباطاً قانونياً بين المؤمن والمالكين الحاضرين أو المالكين فى المستقبل للشيء المؤمن عليه . ويحصل أن المالك قد يشترط على الشركة المؤمنة انها لا ترجع على المستأجر للمغار فى حالة حصول حريق للمغار ^(٦).

(١) استئناف ١١ فبراير سنة ١٩٠٠ م ت ق ١٢٥ ١١١ • ٢٢ de cujus (٢) بورث عنه اى لا يتولى عليه الورثة الشرعيون ولا يحسم يد الدائنين بل يكون من حق من تعين لهم فى عقد التأمين م ت ق ١٤٥ ٢٧٥ - م ت ق ٢٢٥ ٢٤٩ • (٣) دى هلس ج ٤ ص ٣١٥ ن ٦ . ويؤيد ذلك مجرد مراجعة الاحكام المدينة الصادرة من القضاء المصرى المختلط بالجداول العشرية Tables décennales الخاصة بمجلة التشريع والقضاء المختلطة م ت ق اى - B. L. I. تحت كلمة assurance (٤) clause de porte-fort (٥) دى هلس ج ٤ ص ٣١٣ ن ٣ (٦) ٣٧٥١٠٩٠٥ •

ويجوز أن يشترط المالك الحاضر بأن المشتري المقار حق الاستفادة من عقد التأمين إذا أظهر رغبته في ذلك في مدة معينة بالمقد^(١) ويجوز لصاحب المصنع أن يؤمن عن الاخطار التي تقع للعمال أثناء قيامهم بعمالهم داخل المصنع . وفي هذه الحالة هو يؤمن لنفسه لانه لا يدفع تعويضاً ما للعمال عند وقوع الحادث . ويؤمن لاجل العمال ، أى يتعاقد للغير ، في أن شركة التأمين تدفع التعويض مباشرة عند وقوع الحادث^(٢)

١٨٧ - هذا كله فيما يتعلق بالتأمين . ولننظر فيما عداه : من ذلك :

إذا باع مالك محل تجارى محله فانه يأخذ على المشتري شرطاً يتعهد به هذا الأخير في ابقاء عمال المحل ومستخدميه

وكذلك العقد الذى يأخذه المصدّر للبضاعة^(٣) على أمين النقل^(٤) لانه في هذه الحالة إنما يتعاقد للمرسل اليه^(٥) كما تعاقد لنفسه

وكذلك أيضاً ما يرد عادة في شروط مقاولات الحكومة ومصالحها وفروعها مع المقاولين في اشتراط بعض شروط خاصة بالعمال اذ هؤلاء الحق في المطالبة بهذه الحقوق^(٦) سواء كان عماله هو أم عمال من يتنازل اليه عن المقولة^(٧) ويتول بعض الشارحين ان العقد المسمى بعقد الجماعة^(٨) يحتوى هو الآخر على التعاقد للغير لان هذا العقد الذى يقبل به بعض العمال يكون حجة على البعض الآخر الذى ينضم الى البعض الاول . وكذلك الحال أيضاً في الوقف على الاعمال الخيرية^(٩)

في مقارنة نظرية التعاقد للغير

مع نظرية الانابة

١٨٨ - بين النظريتين تشابه كبير لانه في حالة الانابة (أى التحويل أو الاحالة) يرضى المحول عليه^(١٠) بأن يلتزم قبل المحول اليه^(١١) بناء على طلب المحيل^(١٢)

(١) س ٣٢٧ و ١٥٩٠٨ و ١٥٩٠٩ Hémard (٢) كولوين وكايتن ج ٢ ص ٣٢٥
(٣) expéditeur (٤) voiturier (٥) destinataire (٦) د ٨٨٥١٥٩٠٩
س ٣٦٩ و ١٥٩١١ و ١٥٩١٢ Demogac (٧) د ٣٦١ و ١٥٩١٨ و ١٥٩٢٥ س ٣٥٠ و ١٥٩٢٥
(٨) contrat collectif (٩) délégations (١٠) délégué (١١) délégataire (١٢) déléguant

وكذلك الحال في التعاقد للغير اذ يتعهد المدين فيه إزاء المتعاقد، بالوفاء للغير وهو المنتفع . وكان من شأن هذا التشابه أن جعل بعض الشارحين يقول بأنه لا محل لوجود نظرية الايابة من الوجهة العملية مادام أنه مأخوذ بنظرية التعاقد للغير . نعم ولو أن نتائج الايابة يمكن الحصول عليها بواسطة نظرية التعاقد للغير الا أنه مع ذلك توجد فروق بين النظريتين لا يصح إغفالها . ذلك لأن التعاقد للغير عملية واحدة . وبمكس الايابة فإنها مكونة من عمليتين . وان كانت هاتان العمليتان يتزجان بعضهما ببعض غالباً الا أنه من الممكن أن ينفصلا . وهما ينحصران في الأمر المعطى من المحيل الى المحول عليه . وفي تعهد المحول عليه بالوفاء الى المحول اليه . ومن ذلك يترتب النتائج الآتية : (١) يجوز أن الوقت الذي يترتب فيه الحق للمنتفع لا يكون واحداً في العمليتين . اذ المنتفع في حالة التعاقد للغير ، يصبح دائماً من وقت حصول التعاقد له . ولكن يجوز يحصل خلاف ذلك في حالة الايابة اذ يجوز أن المحول اليه لا يصبح دائماً الا بعد حصول الايابة واتعاقد عليها .

(٢) يجوز للمدين في حالة التعاقد للغير أن يمسك بأوجه الدفع قبل المنتفع ، وهي أوجه الدفع التي تقررت له من التعاقد مع المتعاقد . وأما في الايابة فالحالة ليست كذلك لانه بمجرد أن قبول المحول عليه بالوفاء الى المحول اليه لا يجوز له أن يحتج على هذا الأخير بالذم الذي تقررت له من قبل إزاء المحيل .

٢) في نتائج التعاقد للغير

في الحقوق والداوى الناشئة عنه

١٨٩ — يترتب على التعاقد للغير نتيجتان هامتان :

أولاً : بوجود حصول التعاقد للغير يترتب للمنتفع (١) حق دائنية قبل المتعهد (٢) رغم عدم اشتراكه في العقد . وحق الدائنية هذا خاص به وحده ويتولد في ماله هو لا في مال المتعاقد (٣) ولكن تولده في ماله يتوقف على قبوله بالمشاركة المعقودة لمصلحته

ثانياً : طالما ان المنتفع لم يقبل ، يجوز للتعاقد حق الفاء التعاقد العقود له وتقرير هذا الحق إما لنفسه وأما لشخص آخر

١ - النتيجة الاولى

في الحق الذي يكتسبه المنتفع في الحال

وفي الكيان القانوني لهذا الحق

١٩٠ - قرر القضاء والفقهاء بان المنتفع يكتسب هذا الحق بمجرد حصول التعاقد له . وهذا ما يميز التعاقد للغير عن نظرية الانابة كما رأينا^(١) . ويحصل ان العاقدين يتفان على تأجيل الوقت الذي يقرر فيه الحق للمنتفع كما يحصل مثلاً في التأمين ضد الحريق ولكن لا يحصل ذلك في حالة التأمين على الحياة لانه لا يوجد سبب يدعو الى هذا التأجيل وعلى الاخص فيما اذا كان المنتفع حياً يرزق ولا محل للغرابة في تقرير الحق للمنتفع بمجرد حصول التعاقد له وقبل ان يقبله ، لان قبوله لم يخرج عن كونه مؤيداً لهذا الحق السابق وجوده ، ولم يقرر وجوده . ولانه بالقبول بمجرد على التعاقد في الفاء التعاقد للغير . ولا غرابة ايضاً في ان حقاً يقرر للغير بلا علمه وبلا أخذ رضائه به أو لا . اليس الوارث يرث ويعتبر مالكا حتى ولو لم يعلم بوفاته مورثه ؟

اذا علم ذلك فاهو حينئذ هذا الحق المقرر للمنتفع وما هو كيانه القانوني وكيف يمكن تعليل تقريره تليلاً قانونياً ، وعلى أى أساس يرتكن هذا الحق ؟

١٩١ - في الكيان القانوني لحق المنتفع : اختلف الفقهاء في التعرف

على الكيان القانوني لحق الغير في التعاقد له ، وانقسموا الى ثلاث فرق

المذهب الاول : مذهب المرضي^(٢) : يحلل أصحاب مذهب العرض

نظرية التعاقد للغير وتقرير حق المنتفع فيها بالكيفية الآتية : يتمتع الممتد^(٣) امام

(١) س ٨٨٥ ١٥ ٢١٥ ومقال Crépon . س ٨٩٥ ١٤ ٩٧ ، ومقال Labbé (٢) - sys

tème de l'offre (٣) كابتان ص ٣٢٧ . - بلايول ص ٤٠٠ ن ١٢١٨

المتعاقد^(١) ثم يعرض هذا الأخير على الغير ان يتنازل له (أى للغير) عن الحق الذى تقرر له (أى للمتعاقد) قبل الواعد . فاذا رضى الغير بالعرض وقبله فانه يتكون عقد آخر يترتب عليه نقل حق الدائنية من المتعاقد الى المنتفع . ونظراً لسهولة هذا المذهب انتصر له كثير من الشارحين وأخذ به القضاء الفرنسى فى بعض أحكامه^(٢) ولكن لم يلبث هذا المذهب قليلاً حتى انفض من حوله الشارحون لما رأوه فيه من النتائج المخالفة لأغراض المتعاقدين

ذلك لانه يترتب على الأخذ به ان الحق لا ينقر للمنتفع ولا يعتبر موجوداً فى ماله الا من وقت قبوله به . فاذا مات المتعاقد وهو الذى تعاقد مع المدين قبل اظهار الغير رغبته فى الرضا بالحق زال العرض بزوال صاحبه أخذاً بالقاعدة القديمة التى سبق ان قررها علماء القانون الفرنسيين السابقين وقد سبق لنا ان بينا فساد هذه القاعدة، وهذه النتيجة لا تتفق مطلقاً مع غرض المتعاقد فى حالة التأمين على الحياة لان رضاء المنتفع بقبوله بالحق لا يحصل الا عند وفاة المتعاقد فاذا أخذ بهذا المذهب ما نحقق عقد التأمين على الحياة مطلقاً بل ان هذا المذهب يقضى عليه

وفوق ذلك يترتب على الأخذ بمذهب العرض انه اذا مات المتعاقد قبل رضاء المنتفع أصبح مبلغ التأمين جزءاً مما تركه المتعاقد المتوفى وأصبح لدائى التركة الحق فى تقاضى ديونهم منه ، وكل ذلك اضرار بالمنتفع وهذه النتيجة لا تتفق مطلقاً مع الغرض الذى ينشده المتعاقد فى وقف مبلغ التأمين على المنتفع دون دائى المتعاقد

المذهب الثانى مذهب أعمال الفضولى^(٣) قال به بوتيه^(٤) وينحصر فى أن

المتعاقد يعمل كفضولى لحساب المنتفع وعلى ذلك يعتبر رضاء الغير تأييداً لهذا العمل^(٥) بحيث يستحيل عمل الفضولى الى وكالة وبناء على هذا التحليل يعتبر الغير كأنه تعاقد هو بالذات وبباشرة مع المدين وهذا ما يحصل حقه قد تترتب وتقرر له من الوقت الذى حصل فيه التعاقد من أجله

أما نذهب هذا المذهب فلأن أعمال الفضولى لا تتفق مطلقاً مع التعاقد الغير اذ

(١) stipulant (٢) س ٣٧٧ - ١٠٣٩٩ و قال Labbé . س ٩٠٢ - ٢١٤٠٢ و قال

فاهل Wahl (٣) كابان س ٣٢٨ . - لايتول س ٤٠٩ ن ١٢٢٢ وما بعدها théorie de la ratification (٤) ثم قال أيضاً لايه س ٧٧ ، ١٠ ٣٩٣ (٥)

ليس للفضولي الناء العمل الذى اجراه لحساب وذمة صاحب العمل . بل بالعكس هو ملزم بالمضى فى اتمام العمل (المادة ١٣٧٢ مدنى فرنسى وهو حكم عام) . وهذا لا يتفق ألبتة مع التعاقد للغير لأن للتعاقد كآرائنا حق الغاء العقد أو نقل الحق اليه أو الى أى شخص آخر . وفوق ذلك فإن للفضولى حق مطالبة رب العمل (١) بما صرفه (المادة ١٤٤ / ٢٠٥ مدنى و ١٣٧٥ فرنسى) . ولا يلاحظ ذلك مطلقاً فى حالة التعاقد للغير لأنه لم يدر بمخلد التعاقد هذا الخاطى ، فى مطالبة المنتفع بما صرفه ، أى مطالبته بالاتساق (٢) التى دفعها وفاء لمشاركة التأمين (٣)

المذهب الثالث فى نظرية الحق المباشر (١) يقول أنصار هذا المذهب بأن حق المنتفع يتولد فى الحال بمجرد حصول التعاقد من اجله ، أى بمجرد تعهد المدين بالوفاء بالحق ويلاحظ خصوم هذا المذهب عليه انه لم يخرج عن كونه يفسر نفس نظرية التعاقد ، ولم يخلها .

والحقيقة على كل حال ان التزام المدين بالوفاء للمنتفع ينشأ بمجرد رغبته فى الالتزام للمنتفع : لأن الارادة من جانب واحد من جانبي العقد تصح فى تكوين الالتزام القانونى . أى ان الالتزام الذى اشتغلت به ذمة المدين لم تله مسحة التعاقد بين المدين والمنتفع بل تقرر هذا الالتزام بمجرد اظهار المدين رغبته بالتعهد به

هذا ولما جاول أصحاب النظريتين السابقتين تعليل حق المنتفع والتعرف على السكيان القانونى له لم يوفقوا الى الوصول اليه حيث قصروا بمهمهم على تلمس هذا السكيان باعتبار حق المنتفع حقاً ناتجاً عن تعاقد بين طرفين لاحقاً لتبجاعن التزام شخص واحد . ولكن مع ذلك يجب أن لا يفوتنا أن تعهد المدين بالوفاء للمنتفع قد تولد هو الآخر بين التعاقد بهذا الحق (٢) والمدين ، وأن هذا العقد المنعقد بين الطالب والمدين هو أساس حق المنتفع ذلك الحق الذى يستمد قوته وأثره من ذلك العقد لذا كان الطالب فى حل من إبطال هذا الحق المقرر للمنتفع ، والعاقبة بمحض رغبته بعد تقريره ، بأن يجعله لنفسه أو يقرره لشخص آخر غير المنتفع المسمى أولاً . ولهذا السبب أيضاً يجوز

(١) maître (٢) primes (٣) police d'assurance (٤) théorie du (٥) stipulant droit direct كابتان من ٣٢٨ - بلايول ص ٤٠٢ - ١٢٧ وما بعدها (١)

للمدين التمسك بالدفع المختلفة قبل المتنع وهي الدفع الناشئة عن العقد المتعقد بينه وبين المتعاقد . فإذا فرض وجاء المتنع وقضى المدين جاز لهذا الأخير التمسك بطلب فسخ العقد لعدم قيام التعاقد (وهو التعاقد مع المدين) بما التزم به هو ، كعدم قيامه بدفع الأقساط إذا كان التعاقد لتغير عقد تأمين على الحياة مثلاً .

ومما تقدم نرى أن التعاقد للغير عقد بين التعاقد والتعهد يلتزم فيه هذا الأخير بناء على طلب التعاقد ، بالوفاء بالتزام معين قبل المتنع . نعم ولو أن الاصل أن آثار العقود لا تمتد عاقدتها إلى الغير ، ولكن إذا اراد العاقدون تمديد الآثار إلى هذا الغير صح العقد . لأن صحة هذا العقد في تمديد آثاره إلى غير عاقيه لم تخرج عن كونها مظهراً من مظاهر حرية التعاقد بما لا يخالف النظام العام والعوائد الحسنة

١٩٢ - في رضاء المتنع . رأينا أن هذا الرضاء لم يكن هو السبب الاصل في تقرير حق المتنع له كما كان يقول مذهب العرض . ولم يكن أيضاً مؤيداً لعمل اجراء المتعاقد باعتباره فضولياً كما يقول أصحاب مذهب أعمال القضولى اتما من شأن قبول المتنع تثبيت الحق ^(١) لدى المتنع بحيث يحول هذا القبول دون الغاء العقد من قبل المتعاقد

هذا ويجب عدم الخلط بين قبول المتنع وقبول الموهوب له لأن قبول الموهوب له يجب أن يحصل أمام مأمور العقود الرسمية كما يحصل كذلك الايجاب من الواهب (المادة ٤٨ / ٧٠ مدنى و ٩٣٢ فرنسى) أما قبول المتنع فانه يحصل دون ان يكون مقيداً بقيود شكلية ما وعلى ذلك يحصل القبول ويقع صحيحاً اذا حصل في حياة الطالب المتعاقد مع المدين أو بعد وفاة المتعاقد وهذا على خلاف الهبة ، لانه اذا مات الواهب قبل حصول القبول من الموهوب له بطلت الهبة (المادة ٥٠ / ٧٢ مدنى فيما اذ لم يكن له ورثة . واما اذا كان له ورثة فلم يحق القبول هم او وصيائهم)

٢ - النسخة الثانية

في حق الانشاء المقرر للتعاقد مع المدين

١٩٣ — قلنا ان للمتعاقد حق الانهاء قبل رضا المتنعف . وله في هذه الحالة إما الاعتفاع هو بنفسه بذلك الحق أو تقريره لشخص آخر . وكان بوتييه يقول بمحظر الانهاء على المتعاقد أخذاً بقاعدة انه لا يجوز الاعطاء والمنع في آن واحد ^(١) ولكن خالفه في ذلك القانون الفرنسي كما رأينا . وفي الواقع ان ما قال به بوتييه لا يتفق مع حرية التعاقد الحاضرة ولا مع غرض المتعاقد في التعاقد لاجل الغير لان هذا المتعاقد في حل من تغيير وجهة نظره من حيث تقرير الحق للغير اذا تغيرت الظروف المحيطة به ، وحتى اذا نظرنا الى التعاقد للغير باعتباره هبة من المتعاقد الى المتنعف فان الهبة لا تتم الا برضاء الموهوب له وطالما لم يحصل الرضاء فلنلتاقد في حل من الفاء الحق والتصرف فيه لنفسه أو لشخص آخر

وحق الالغاء المقرر للطالب حق شخصي موقوف على صاحبه ليس لدائنيه حق العمل به بالنيابة عنه ^(٢) وكذلك لا يجوز للورثة الاستفادة من حق الالغاء الذي كان مقررًا لمورثهم لانه ما دام قد مات ولم يعمل بهذا الحق فذلك يدل على انه رضى باستقرار الحق لدى المنتفع.

وإذا ألغى هذا الحق وزال المنتفع وتفرغ لمنتفع آخر اعتبر أن هذا الآخر قد ملك هذا الحق من تاريخ التعاقد لا من تاريخ انتقال الحق اليه . فإذا تعاقد الشخص لأجل ورثته من بعد وفاته ثم حضرت زوجته الوفاة ولم يرزق . بولد جاز له نقل هذا الحق إما إلى الورثة الذين يمكن أن يرزق بهم من زوج أخرى ، أو نقله إلى دائن يشدد في المطالبة يدينه منه . وفي هذه الحالة الأخيرة ينتقل الحق الخاص بالتأمين إلى هذا الدائن لا من تاريخ الانتقال بل من تاريخ حصول عقد التأمين بالذات

(٣) في النتائج القانونية الناشئة عن التعاقد للغير فيما بين أصحاب المصالح فيه

١٩٤ - هذه النتائج القانونية إما أن تكون بين الواعد ^(١) والمنتفع ^(٢) وما بين المنتفع ^(٣) وإما بين المنتفع والواعد وإما بين المنتفع والمتعاقد

(١) في نتيجة التعاقد للغير بين الواعد والمنتفع ^(٤) يرتبط المتعاقد مع الواعد بعقد يتعقد فيما بينهما . وهذا العقد الذي يرتكز إليه التعاقد للغير إما أن يكون عقداً هبة أو بيع الخ . والذي يهمننا الآن من ذلك كله إنما هو التعاقد للغير . الذي اتصل بهذا العقد . ولذا يجب أن نعرف ما هي حقوق المتعاقد . فيما يتعلق بالتعاقد للغير ، إزاء الواعد إذا لم يف هذا الأخير بالتزامه للمنتفع

ولما كان التعاقد للغير ركناً من أركان العقد المتعقد بين المتعاقد والواعد جاز حينئذٍ للمتعاقد أو لورثته حق طلب فسخ العقد الذي اتصل به التعاقد للغير . وسبب هذا الفسخ ^(٥) يرجع لطبيعة العقد فيما إذا كان عقداً بموض فيؤخذ فيه بالمادة ١١٨٤ مدني فرنسي (وحكمها علم كما قلنا) أو فيما كان عقداً هبة وتوافر فيه المسوغ الشرعي في إبطال الهبة فيطلب إبطالها

ولكن إذا كان من الجائز حق طلب الفسخ إلا يجوز بمجانب هذا الحق للمتعاقد أو ورثته المطالبة عند الحاجة بإلزام الواعد بتنفيذ ما تعهد به بدلاً من الفسخ ؟ هنا انقسم الشارحون : إذ يقول البعض بعدم جواز المطالبة بالوفاء . ووجهه أن المتعاقد لم يتعاقد لنفسه بل تعاقد للغير وعلى ذلك فلا يعتبر دائماً حتى يطلب بالوفاء بهذا الدين له . وقالوا بأنه لا يجوز للمتعاقد أو ورثته مطالبة الواعد بالوفاء إلا إذا كانت له مصلحة شخصية ظاهرة فيه كما إذا كان ملتزماً قبل المنتفع بدين لهذا الأخير وكان من شأن وفاء الواعد للمنتفع اقتضاء الدين المطلوب من الطالب للمنفعة ولكن يرد على هذا الرأي أن أصحابه قد نسوا أن الواعد تعهد بإزاء المتعاقد بالوفاء

(١) promettant (٢) stipulant (٣) bénéficiaire (٤) كاتبان في ٣٣١ - بلاتيو

في ١٩١٦ م ١٢٥٥ موماً يسدداً (٥) résolution

للمنتفع، أي أن الواعد قد التزم أمام التعاقد بالوفاء وهذا المقدر بين الطرفين المتعاقدين والواعد هو القانون الذي يجب أن يسيرا عليه طبقاً للقاعدة المعروفة بأن العقد شريعة المتعاقدين (المادة ١١٣٤ مدني فرنسي وحكمها علم كما رأينا) . ولا يجوز الأخذ هنا بالقاعدة المعروفة بأنه « لا دعوى حيث لا مصلحة » على أنه إذا جاز الأخذ بها فإن مصلحة التعاقد في مطالبة الواعد بالوفاء إذا لم تكن مصلحة مالية محضة فإنه يكفي فيها مع ذلك أن تكون مصلحة أدبية وعلى ذلك تصح له المطالبة لأنه من المستحيل أن يقال بأن التعاقد قد تماقذ مع المدين لمصلحة الغير دون أن يكون قد رمى الى غرض من الاغراض حتى ولو كان الغرض أدبياً صرفاً

١ - في نتيجة التعاقد للغير بين المنتفع والواعد ^(١)

١٩٥ - رأينا أن المنتفع يكتسب حقاً مباشراً قبل الواعد . لذا يجوز له مخاصمته ومطالبته مباشرة بالوفاء ولكن إذا جاز له ذلك فإنه لا يجوز له ان يطلب فسخ العقد الحاصل بين المتعاقدين والواعد عند عدم قيام الواعد بالوفاء بالتزامه ما دام أنه لم يكن طرفاً فيه

وهل يجوز للمنتفع أيضاً التمسك ضد الواعد بالضمانات التي اشترطها المتعاقدين تأمينا للمدين ؟ يتردد القضاء الفرنسي في تقرير هذا الحق وعلى الأخص في حالة البيع على شرط الوفاء بمرتب طول الحياة للغير ^(٢)

٢ - في نتيجة التعاقد بين المنتفع والمتعاقدين ^(٣)

١٩٥ - ١ إما أن يكون غرض المتعاقدين الوفاء بدین عليه للمنتفع وفي هذه الحالة ينقض الدين بوفاء الواعد للمنتفع . وإما ان يكون غرض المتعاقدين التبرع للمنتفع وفي هذه الحالة يرتبط المتعاقدين بالمنتفع ارتباط الواهب بالموهب له . ولا تخضع الهبة لرسمية العقد المنصوص عنها بالمادة ٤٨ / ٧٠ مدني لان الهبة في هذه الحالة هبة غير مباشرة ^(٤) أي الهبة التي لا تخضع للرسمية ^(٥)

(١) كاتان ص ٣٣٢ - بلايول ص ٤١٣ ن ١٣٦٠ وما بعدها (٢) س ٨٣٦١٤٠٩ والتطبيق على هذا الحكم (٣) كاتان ص ٣٣٢ - بلايول ص ٤٤١ ن ١٣٦٥ وما بعدها (٤) donation indirecte (٥) د ١٦٩٥٢٥٩٨٥٠ - س ٢٤١٥٢٥١٩٠٥
التزامات ذهني م — ٢٤

وفي حالة التعاقد للغير لأجل الهبة يصح التساؤل عما هو المبلغ بالدقة الذى يعتبر أنه مبلغ الهبة ، أى المبلغ الذى خرج فعلاً من مال الطالب ودخل فى مال المنتفع ؟ المبلغ الذى يستلمه المنتفع من الواعد إنما هو المقابل للدين الذى تقرر بذمة الواعد للمنتفع ، وهذا المبلغ لم يخرج من مال التعاقد ، بل خرج من مال الواعد . اذا عرف ذلك فما هو حينئذ مبلغ الهبة المدفوع حقيقة من التعاقد الى المنتفع: هذا المبلغ هو مجموع الأقساط المدفوعة من التعاقد الى الواعد حتى ياتزم هذا الأخير قبل المنتفع . وأما ما بقى فلا يعتبر هبة من التعاقد للمنتفع

٤ - فى نظريه التعاقد للغير

لأجل أشخاص غير معلومين

وقت التعاقد

١٩٥ - ٢ يحصل أن التعاقد^(١) يتعاقد مع الملتزم^(٢) على أن يقوم هذا الأخير بالوفاء الى شخص يختاره الملتزم فيما بعد . كأن يتعاقد التعاقد مع الملتزم على أن يهب له هبة ويشترط عليه القيام بمد يد المونة الى الفقراء . والمعمول به فى هذه الحالة أن هذه الهبة القبيدة بهذا التكليف^(٣) لا يترتب عليها حق ما . اذ من هو الذى يطالب بنفاذ هذا الشرط ؟ لا يوجد هذا الشخص وعلى ذلك لا يعتبر التعاقد للغير فى هذه الحالة تعاقداً منتجاً . وعلى العكس من ذلك فيما اذا كان الملتزم يتعهد بمد يد المساعدة لفقراء القاهرة مثلا . اذ فى هذه الحالة تتعين طائفة الفقراء حيث لا يخرجون عن الأفراد الفقراء المعروفين بهذه المدينة^(٤)

وكذلك يعتبر التعاقد للغير صحيحاً ومنتجاً من الوجهة القانونية فيما اذا اشترط التعاقد على الملتزم أن يكون الوفاء للشخص الذى سيتعين فيما بعد تبهماً للظروف . فاذا تعاقد المالك لمارة مثلاً مع شركة التأمين على أن تدفع الشركة للمبلغ لمن يكون مالكا للعقار وقت وقوع الحادث فيما اذا وقع هذا الحادث ، صح هذا التعاقد لأن التعاقد هذا

(١) stipulant (٢) promettant (٣) donation avec charge (٤) بلائبول

يلزم الشركة ازاء المتعاقد وازاء للمالك للمارة فيما اذا اشتراها مشترٍ فيما بعد ثم وقع الحادث والمارة في يد المشتري^(١)

وكذلك الحال أيضاً فيما يتعلق بأمين الرجل على حياته لمصلحة ورثته فإن هذا التعاقد للغير يصبح صحيحاً أيضاً نظراً لما بيناه . أى أنه يتقرر لورثة المورث حق قبل الشركة المزمّنة ، سواء كان الورثة قد وجدوا فعلاً أو لم يولدوا بعد وهذا الحق خاص بأشخاص الورثة ولا يعتبر جزءاً من تركه المتوفى . ويترب على ذلك نتيجة هامة وهو أنه لا يجوز للدائى المتوفى أخذ ديونهم من مبلغ التأمين لأن هذا المبلغ حق خاص بالورثة ولم يكن جزءاً من التركة فلا تمشى عليهم قاعدة «إن لا تركه الا بعد الوفاء بالدين» وهذا ما يقضى به القضاء المصرى كما بيناه فى صدر نظرية التعاقد للغير .

وكان القضاء بفرنسا يقضى من زمن بعيد بان التأمين لمصلحة الورثة لا يكسبهم حقاً ما لان الورثة غير معلومين وقت التعاقد ، وانه بناء على ذلك يصبح مبلغ التأمين جزءاً من تركه المتوفى^(٢) وهو قضاء لا يتفق مطلقاً مع رغبة المتعاقدين ولذا انجى عليه رجال الفقه بالأئمة ولم يقره . واعتبروا بان مثل هذا التعاقد يرب حقاً خاصاً بالورثة لا يملك دائنو المتوفى أى حق ما فيه^(٣) وكان القضاء الفردى يجرى فى قضائه على اعتبار الورثة موهوباً اليهم وانه لا تصح الهبة اليهم بواسطة التعاقد للغير طالما ان الورثة لم يكونوا معلومين وقت التعاقد على التأمين أو لم يكونوا على الاقل أجنة وانهم سيولدون فيما بعد ، وعلى ذلك لا يصح التأمين لأشخاص لا يملكون الا فى المستقبل^(٤) أى لأشخاص غير محقق وجودهم فيما بعد^(٥) ولم يجد هذا التعليل القضائى أيضاً امام رجال الفقه ما يجعلهم يكفون عن النقد ، فقد اخذوا عليه أنه لا يفرق بين الهبة التى يشترط فيها ولادة الموهوب اليه أو كونه جينناً ، وبين هذا النوع من سعى المورث فى حماية ورثته مما يحتمل ان ينزل بهم فيما بعد من العوز والحاجة ، فيؤمن لهم على حياته لمصلحتهم . والفرق ظاهر بين النوعين لانه فى الهبة يجب فى الاصل رضا المتعاقدين

(١) د' ٨٨ ، ١ ، ٣٦٥ — س' ٨٨ ، ١ ، ٣١٣ (٢) د' ٦٦ ، ١ ، ٣٣٥ — س' ٧٧ ، ١ ، ٢٦
(٣) كولين وكابيتان ج ٢ س' ٢٣٣ (٤) personnes futures (٥) personnes
incertaines (د' ٩٠٣ ، ٢ ، ٣٧٧ — س' ٩٠٢ ، ١ ، ١٦٥ ومقال Dupuich)

الواهب والموهوب له . واما في حالة التعاقد للغير فانه يصح التعاقد لمصلحة المنتفع دون أخذ رضاه أولاً^(١)

نظرية التعاقد للغير

والقوانين الاجنبية

١٩٦ — قرر القانون السويسرى الصادر سنة ١٨٨١ انه يجوز في جميع الاحوال للمتعاقد ان يرفع الدعوى باسمه خاصة ضد الواعد لاجل الزامه بالوفاء الى الغير (المادة ١٢٨) . ويجوز للغير وخلفائه ان يطالبوا شخصياً الواعد بالوفاء ، اذا دلت على ذلك نية المتعاقدين في انقصد . وفي هذه الحالة أى في حالة رفع الدعوى من المنتفع وهو الغير ، لا يجوز للدائن حق ابراء ذمة المدين وهو الواعد (المادة الثانية الفقرة ٢) واما القانون الالماني فقد وضع لهذه النظرية مواد كثيرة (المواد ٣٢٨ - ٣٣٥) وقررت هذه المواد صحة التعاقد للغير باعتباره ضرورة من الضرورات العملية الحاضرة . واغلب هذه المواد تفصل فيما يسكت عنه المتعاقدان أو في حالة ما اذا غلب العقد شك أو غموض . وقررت المادة ٣٣٥ منه اجازة حق رفع الدعوى بالوفاء من جانب المتعاقد ، حتى لو صرح في العقد للمنتفع برفعها من قبله . أى ان هناك دعويين لغرض واحد^(٢)

في الآثار الخاصة بالعقود التبادلية

١٩٧ — العقود التبادلية أكثر العقود ذيوياً بين الأفراد وذلك لأن أصل التعامل يرجع الى تبادل المنافع والمرافق . لذا يصبح التزام كل من الماقدين متصلاً بالتزام الآخر بمعنى أن الماقد لا يلتزم الا لأن الآخر يلتزم هو أيضاً . ويترب على اتصال الالتزامين بعضهما البعض النتائج الهامة الآتية : —

(١) يجب الوفاء بالتزامين معاً بحيث يجوز لمن لم يحصل الوفاء له أن يدفع دعوى

(١) كولين وكابتن ج ٢ ص ٣٣٤ (٢) بلانيول ج ٢ ص ٤١٥ ن ١٣٦٦ و ١٣٦٧ والمهامش ٢

الوفاء الموجهة قبله من الماقد الآخر ، بالدفع المسمى بدفع عدم الوفاء ^(١)

(٢) إذا أصبح أحد الماقدين بسبب القوة القاهرة في حالة يستحيل معها الوفاء من جانبه بما التزم به ، وجب أن تبرأ ذمة الماقد الآخر مما التزم به هو . وهذا ما يدعونا الى تناول بحث نظرية الهلاك ^(٣)

(٣) إذا لم يتم أحد الماقدين بالوفاء جاز للآخر أن يطلب الى القضاء الحكم بفسخ العقد ^(٤)

ولنا لفرد لكل نتيجة من هذه النتائج الثلاث الهامة قولاً على حدة

١) الأثر الاول للعقود التبادلية

في الدفع بعدم الوفاء

١٩٨ - للماقدين بمقتضى حرية التعاقد الحق إما في جمل العقد قابلاً للنفاد حالاً وقت انقاده ، وإما تأجيل الوفاء من الطرفين أو من أحدهما الى أجل معين . ويجب على كل حال احترام ارادتهما في ذلك .

انما اذا حصل التعاقد على الوفاء حالاً وجب أن يكون الوفاء من الجانبين في وقت واحد ^(٥) فاذا حصل بيع واتفق الطرفان على أن البائع يسلم المبيع حالاً للمشتري نظير قيام المشتري بدفع الثمن حالاً وجب على المشتري دفع الثمن حتى يجوز له مطالبة البائع بالتسليم كما أنه لا يجوز للبائع مطالبة المشتري بالثمن الا اذا أعد المبيع للتسليم . وعلى ذلك يعتبر كل التزام مسوغاً للالتزام الآخر كما لاحظ دوما وبونيه . ويقول هذا الأخير بأن المشتري يلزم بدفع الثمن في الوقت الذي يحصل له فيه التسليم . أى أنه اذا لم يحصل الوفاء من أحدهما لا يجوز له مطالبة الآخر بالوفاء بالالتزام

هذه القاعدة في أن لا يجوز مطالبة الماقد لزميله بالوفاء الا اذا سبق له أن وفى بالتزامه ، أى الدفع بعدم الوفاء ^(٦) لم ترد بمباراة صريحة في القانون المصرى ولا في

(١) exception non adimpleti contractus (٢) risques (٣) résolution أو
résiliation (٤) simultanéité (٥) exceptio non adimpleti contractus

القانون الفرنسى . والذي قررها الم شارحون للقانون الرومانى فى المصور الوسطى^(١)
وقال بهذه القاعدة القانون الألمانى الصادر سنة ١٩٠٠ بالمادة ٣٣٠ مدنى

١٩٩ - ولكن اذا كانت هذه القاعدة لم تقرر بنص صريح بالقانون المصرى
الا انه وردت بهذا القانون نصوص تدل عليها وتأخذ بها مثلا : تقرر المادة ٣٢٨/٦٠٤
و ١٦٥١ فرنسى بأنه يجب على المشتري دفع الثمن فى المواعيد والمكان وطبقاً
للشروط ، المبين كل منها بالمعقد . وتقرر المادة ٣٢٩/٤٠٧ مدنى بان يكون الدفع
بمحل التسليم . وتقول المادة ٢٧٩/٣٥٠ مدنى و ١٦١٢ فرنسى بانه يجوز للبائع أن
يتمتع عن التسليم اذا لم يتم المشتري بدفع الثمن وهو الثمن المشترط دفعه فى الحال ولم
يكن مؤجلاً دفعه الى أجل فى المستقبل . ويجوز للبائع مع ذلك فى حالة الاتفاق على تأجيل
الثمن أن يرفض التسليم اذا أصبح المشتري فى حالة اعسار أو أصبح مقلساً بعد انعقاد
المعقد بحيث يشعر البائع بخطر يهدده فى الثمن فيما اذا سلم المبيع (المادة ٢٨١/٣٥٣ مدنى
و ١٦١٣ فرنسى) . وقالت أيضاً المادة ٣٣١/٤١١ مدنى و ١٦٥٣ فرنسى بأنه يجوز
للمشتري الامتناع عن دفع الثمن فيما اذا تعرض لوضع يده متعرض : كأن يدعى المتعرض
حقاً عينياً عقارياً على العقار المبيع مثلاً ، كالملكية أو حق ارتفاق أو رهناً تأمينياً

تلك هى المواد الدالة على «الدفع بعدم الوفاء» . وان كان هذا الدفع مؤيداً بهذه
المواد الا أن الفقه بفرنسا وبعض قضائه يرى فى هذه المواد انها تقرر حق الحبس^(٢)
وانها لم تخرج عن كونها تطبيقات عملية له^(٣)

٢٠٠ - والذي نلاحظه نحن ان المواد الفرنسية التى أشرنا اليها فى تقريرها
للدفع بعدم الوفاء . وهى المواد ١٦١٢ و ١٦١٣ و ١٦٥٣ لم تأت مطلقاً بكلمة حبس^(٤)
ولا بالاشتراكات منها كحق الحبس^(٥) لذا أصبح باب الجدل فسيحاً أمام القضاء والفقه
الفرنسيين فى جعل هذه المواد تنصرف إما الى حق الحبس وإما الى الدفع
بعدم الوفاء

(١) وهم المسمون postglossateurs أى الشارحين للشارحين (٢) droit de rétention

(٣) كولين وكاتبان ج ٢ ص ٣٣٨ (٤) retenir (٥) dr. de rétention

ويظهر ان الشارع المصرى (المخطط والاهلى) قد تأثر بمذهب القضاء والفقهاء الفرنسيين ، ذلك المذهب الذى قرر الاخذ بحق الحبس ، أى بان المواد ١٦١٣ و ١٦٥٣ الفرنسية انما تؤيد حق الحبس . وبما يدل على ان الشارع المصرى أراد الأخذ بهذا المذهب هو نفس الصيغة التى صاغ بها المواد المصرية : ٢٨١ و ٢٧٩ و ٣٣١ و ٣٧٩ « ان للبائع الحق فى حبس المبيع » ^(١) وفى المادة ٢٨١ « جاز للبائع المذكور حبس المبيع » ^(٢) وفى المادة ٢٨٢ « ... يكون حق البائع فى حبس المبيع » ^(٣) (وهذه المادة أبلغ فى التعبير اذ ذكرت حق الحبس بالنسخة الفرنسية بالصيغة العلمية) وفى المادة ٣٣١ « .. فله أن يجبس الثمن .. » ^(٤) هذه الصيغة المصرية لم تكن منقولة عن الشارع الفرنسى بالذات ، انما هى صيغة متأثرة بمذهب الفقهاء والقضاة الفرنسيين .

ولكن برغم ذلك فأنا نرى مع كولين وكابتان ^(٥) ان حق الحبس هذا الذى قرره القضاء والفقهاء الفرنسيان بالمواد ١٦١٣ و ١٦٥٣ ، والذى قرره التشريع المصرى بالذات بالمواد ٢٧٩ و ٢٨١ و ٢٨٢ و ٣٣١ مدنى مصرى ، والذى يقرره الشارع هنا وهناك فى بعض حالات أخرى ، لم يخرج عن كونه تطبيقاً لنظرية الدفع بعدم الوفاء أى أن حق الحبس هذا نتيجة عملية لحق الدفع بعدم الوفاء وظل له

٢٠١ — ملاحظة هامة : الدفع بعدم الوفاء دفع ملاحظ من نفسه فى العقود التبادلية أى أنه مفروض وجوده ومفروض مفعوله بها . فإذا لم يوف أحد الطرفين بالتزامه جاز للآخر أن لا يوفى بالتزامه . أى أنه يفسخ من تلقاء نفسه دون الحاجة الى الالتجاء للقضاء . وإذا حصل الالتجاء الى القاضي فلا يكون ذلك الالتماس من جانب من لم يوف بالتزامه . على أن القضاء لا يخرج فى حكمه فى هذه الحالة عن مجرد اقرار الحالة التى كان عليها الماقدان عند عدم قيام أحد العاقدين بالوفاء بالتزامه انتهينا الآن من الأثر الاول للعقود التبادلية وهو الدفع بعدم الوفاء . ولننظر الآن فى الأثر الثانى لها وهو نظرية الهلاك

(٢) الأثر الثاني للعقود التبادلية

في نظرية الهلاك^(١)

٢٠٢ - يراد بالهلاك^(٢) التلف الجزئي أو الكلي الذي يصيب الشيء المتعاقد عليه. فمن من الماقدين يتحمل هذا التلف بعد انعقاد العقد وعلى الاخص في العقود التبادلية، أى على حساب من منهم يكون التلف؟ أعلى البائع أم على المشتري؟ إن لهذه النظرية أهمية خاصة في عالم التشريع الحاضر ولذا نرى ايجاز البيان فيها في القانون الفرنسى والشريعة الاسلامية والقانون المصرى. ورجوعنا الى بسطها في القانون الفرنسى أمر يحتم علينا لأن القانون المصرى قد أخذ عن القانون الفرنسى. وأما الرجوع الى الشريعة الاسلامية فلأنها كانت الشريعة المعمول بها بمصر وقت تنظيم المحاكم الحديثة لذا نرى من الضرورى ابضاح الحالة في هذه الشرائع كل منها حتى نصل الى معرفة ما اذا كان القانون المصرى الحاضر مستقى من القانون الفرنسى أو من الشريعة الاسلامية بشأن هذه النظرية. هذا ونرى أن قانون التسجيل الصادر في ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٤ رقم ١٨ و ١٩ أثرأظهراً في تقرير نظرية الهلاك لأنه قرر في المادة الاولى من أن الملكية في الحقوق المينية العقارية لا تنتقل بين الطرفين الا بالتسجيل والآن نتكلم على الموضوع بالترتيب الآتى: (١) الهلاك في القانون الفرنسى - (٢) الهلاك في الشريعة الاسلامية - (٣) الهلاك في الشرائع الأجنبية - (٤) الهلاك في القانون المصرى قبل سنة ١٩٢٤ - (٥) الهلاك في القانون المصرى من سنة ١٩٢٤

١ - الهلاك في القانون الفرنسى

١ - هلاك الشيء المعين في العقود التبادلية

٢٠٣ - قررت المادة ١١٣٨ مدنى فرنسى ما يأتى: « الالتزام بتسليم شيء يعتبر تاماً بمجرد حصول الايجاب والقبول من الطرفين. وبالالتزام هذا يصبح الدائن للالتزام مالكا للشيء وعليه هلاكه من الوقت الذى يجب التسليم فيه اليه حتى ولو

(١) بلانپول ص ٤٣٦ = ٤٤٦ ن ١٣٣٤ - ١٣٥٢ risque (٢)

لم يحصل التسليم فلا إلا اذا سبق التنبيه على اللدين بالتسليم فان الذى يتحمل بالهلاك فى هذه الحالة هو اللدين . وهذه المادة خاصة ببيع الشئ اللعين ^(١) . وعلى ذلك بمجرد حصول البيع يصبح المشتري مالكا والبائع غير مالك . فاذا هلك الشئ فى يد البائع ضللكه على المشتري لأنه هو المالك ولا يلزم البائع بأى تعويض ما لأنه لم يكن مخطئاً أى مقصراً ولم يسبق التنبيه عليه بلوفاء (المادة ١٣٠٢ مدنى فرنسى) .
أى لا يلزم البائع بشئ . ما فى الوقت الذى يلزم فيه المشتري بدفع الثمن

٢٠٤ — هذا هو مذهب القانون الفرنسى . وربما يتعارض فى ظاهره مع العدالة ومع ارتباط الالتزامين فى التعاقد التبادلى ، باعتبار ان كل ارتباط متصل بالآخر بحيث لو زال أحدهما زال الآخر معه

ولكن يجب التعرف على حقيقة هذا المذهب ومن أين تسرب الى القانون الفرنسى : كان الرومان يقولون بهذا المذهب فى ان الهلاك على المشتري . والسبب فى تقريرهم له ان عقد البيع يتكون من التزامين ولكل التزام تعهد خاص مستقل عن الآخر . أى ان عقد البيع مكون من عقدين ولذا يسمى الرومان عقد البيع بكلمتين اشارة الى التمهدين ^(٢) بحيث اذا زال أحد الالتزامين فلا يزول الآخر ^(٣)

ولكن فى وقتنا الحاضر لا يفسر البيع بالالتزامين أحدهما مستقل عن الآخر بل يفسر العقد التبادلى بوجه عام بان كل التزام فيه من الالتزامين يعتبر سبباً للآخر . واذا كان الامر كذلك استحال القول بان مبدأ الهلاك فى الوقت الحاضر فى القانون الفرنسى مأخوذ عن القانون الرومانى لانه ينهنا يقول هذا الاخير باستقلال كل من الالتزامين اذ يقول القانون الحاضر بانصالحا كل الاتصال

اذن كيف يمكن تفسير نظرية الهلاك فى القانون الفرنسى وهى على تلك الصورة سواء كان الهلاك خاصاً بالبيع أم بالهبة مثلاً ؟

يفسرون ذلك بلرجوع الى العدالة أى بما فسر به الرومان : يقولون بانه مادام المشتري يستفيد وحده دون البائع من ارتفاع قيمة المبيع قبل تسليمه اليه فانه يجب

(١) corps certain (٢) emptio-venditio (٣) جيار فى القانون الرومانى

الطبعة السادسة من ١٩٠٦ . - كوك من ٤٦١ . - مذكرتنا فى القانون الرومانى

عليه من طريق آخر أن يتحمل ما يصيب المبيع من التلف الجزئي أو الكلي أي يؤخذ في ذلك بقاعدة الغرم بالغرم^(١). وقد يرد على ذلك أن الزيادة في قيمة الشيء لا تعادل التلف الجزئي أو الكلي

٢٠٥ - ويقول البعض الآخر ومنهم كولين وكابتان^(٢). أن السبب في جعل الهلاك على عاتق المشتري إنما يرجع لأثر العقد نفسه. إذ بالمقد في الوقت الحاضر تنتقل الملكية في الحال من البائع إلى المشتري، ويصبح الدائن في العقد مالكا للمبيع بمجرد حصول العقد، أي أن الهلاك عليه قبل التسليم وهذا أخذاً بالقاعدة المعروفة أن الهلاك على المالك^(٣). وما دام المشتري كان مالكا وقت تلف الشيء أو هلاكه، فلا يمكن القول إذ ذاك بأن المدين أي البائع لم يوف بدينه، بل قد حصل الوفاء بنقل الملكية إلى المشتري. وما دام قد حصل الوفاء من قبل المدين وهو البائع فانه يجب أن يحصل الوفاء من جانب المشتري المدين بلتمن، أي يجب عليه دفع الثمن إلى البائع وما تقدم يرى أن المسوغ القانوني للهلاك قد يكون أحد ثلاثة: مسوغ روماني ومسوغ حاصر. وهذا المسوغ الحاصر أما أن يرجع إلى فكرة المقابل في الزيادة في القيمة وأما إلى أثر العقد في نقل الملكية. فأما المسوغ الروماني فلا يؤخذ به. ويصح الاختيار الآن بين المسوغين الحاضرين

فإذا فرض وافق الماقدان أن لا تنتقل الملكية إلى المشتري إلا بالتسليم الفعلي^(٤) وهلاك المبيع بمحادث قهرى قبل حصول التسليم أصبح الهلاك على البائع أخذاً بالقاعدة القائلة الهلاك على المالك^(٥) وبالمادة ١١٣٨ مدني فرنسي، ولا يلزم المشتري حينئذ بالتمن. ولكن إذا أخذنا بالمسوغ القانوني الآخر وهو القائل بتحمل الهلاك في مقابل الزيادة المحتملة^(٦) كان الهلاك في هذه المرة على عاتق المشتري لا على عاتق البائع لذا كان الأخذ بالمسوغ القائل بأثر عقد نقل الملكية هو الأصح لأن العقد قانون للتعاقد. فإذا اتفق على أن لا تنتقل الملكية إلى المشتري إلا عند التسليم صح العقد وأصبح الهلاك قبل التسليم على البائع لانه يستحيل عليه مع الهلاك الوفاء بالتزامه وإذا

(١) حتى زغلزل بإشاص ٢١٦ في النصف (٢) ج ٢ ص ٣٢٩ (٣) res perit domino (٤) tradition (٥) res perit domino (٦) plus-value

استحال عليه ذلك استحالة أيضاً على الماقد الآخر الوفاء بالتزامه أى بدفع الثمن أخذاً بالدفع المعروف « بالدفع بعدم الوفاء »

ويؤيد هذا الرأي الأخير ما قرره القانون التجارى الفرنسى بالمادة ١٠٠ (المقابلة تماماً حرفاً بحرف المادة ٩٤ / ٩٩ تجارى مصرى) فى أن « البضائع التى تخرج من مخزن البائع أو المرسل يكون هلاكها ^(١) فى الطريق على من يملكها ^(٢) ما لم يوجد شرط بخلاف ذلك . « أى البضاعة بعد بيعها تصبح ملكاً لمشتريها فهلاكها عليه بعد خروجها من محل البائع فإذا تلفت فى طريقها كان تلفها على المالك وهو المشتري . ولكن أجاز القانون الاتفاق على جمل الهلاك على عاتق البائع حتى يتم التسليم بوصول البضاعة الى محطة الوصول ومثل هذا الاتفاق صحيح لانه لا يتخالف النظام العام وهذه المادة التجارية قاطمة فى صحة الاخذ بالمسوغ القانونى للهلاك ، ذلك المسوغ القائل بأن السبب فى الهلاك راجع لآثر العقد الناقل للملكية ، أى ان الهلاك على المالك ^(٣) الا اذا حصل الاتفاق على ما يخالفه

وكذلك فى حالة بيع الاشياء المعينة جنساً ^(٤) فان الهلاك فيها على البائع حتى يتم تسليمها تعييناً ثانياً للجهة ^(٥) والحال كذلك أيضاً فيما يباع بالوزن والكيل والمقاس فان الهلاك فيه على البائع قبل الوزن والكيل والمقاس (المادة ١٥٨٥ مدنى فرنسى . وهى تماثل المادتين ٢٤٠ / ٣٠٦ و ٢٤١ / ٣٠٧ مصرى)

فى مستثنيات المادة ١١٣٨ الفرنسية

٢٠٦ — قلنا إن المادة ١١٣٨ قد قررت الهلاك على المالك فى العقود التبادلية ولحنا الى عقد البيع وعقد الهبة . والذى يحصل التساؤل فيه الآن هل يصح هذا للذهب القائل بالهلاك على المالك فى جميع العقود التبادلية على اختلاف أنواعها كالاتجار مثلاً ، أو لا يصح ؟ الذى يجزم به الآن أن التعميم لا يصح لاننا أشرنا الى البيع والهبة باعتبار أن هذين العقدان نقلان للملكية . وعلى ذلك لا يصح الاخذ بمذهب

(١) النص المرقى القانون يقول « خطرهما » والتصور ملاكها أو تلفها (٢) aux risques
(٣) res perit domino (٤) in genere (٥) et périls de celui à qui individualisation (٥)

المادة ١١٣٨ في عقد الإيجار الذي لا ينقل الملكية من المؤجر الى المستأجر .
 على أنه يجب أن لا يفوتنا أن في العقد التبادلي يعتبر كل التزام سبباً للآخر .
 فإذا استحال الوفاء على أحد العقدين بلزمته انقضى معه التزام الآخر باعتبار أن التزام
 هذا الآخر ظل لالتزام العقاد الأول فيزول بزواله ويبقى ببقائه . هذه هي القاعدة
 العامة في التعاقد التبادلي . وقد أشار القانون الفرنسي في بعض مواد الى صحة هذه
 القاعدة في حلة الإيجار حيث قررت المادة ١٧٢٢ ما يأتي : « اذا هلك الشيء المؤجر
 جميعه بمحادث قهرى أثناء مدة الإيجار فسخ العقد من تلقاء نفسه وبقوة القانون ^(١)
 أما اذا كان هلاك الشيء جزئياً جاز للمستأجر تبعاً للظروف إما طلب تنقيص قيمة
 الإيجار أو فسخ العقد . ولا محل للتوضيح في الحالتين » . (وهذا هو ماقرته المادة
 ٤٥٣/٣٧٠ مدني مصري) أى أن المؤجر ملزم بتسليم الشيء المؤجر للمستأجر . من الانتفاع .
 فالمؤجر ملزم بالانتفاع ، والمستأجر دائن بالانتفاع . فإذا استحال الوفاء من جانب
 المؤجر فإن الوفاء يستحيل أيضاً من جانب المستأجر . أى اذا هلك الشيء المؤجر
 فلهلاك على المؤجر وهو المالك للشيء . وفي هذه الحالة لا يلزم المستأجر بدفع الإيجار .
 وبهذا المعنى أيضاً ماقرته المادة ١٧٩٠ مدني فرنسي (ولا شبه لها في القانون
 المصري ولكنها تقرر قاعدة عامة) في أنه اذا استؤجر عامل بالأجرة للقيام بعمل على
 شيء يقدمه له للمؤجر وهلك الشيء في يد مالكه قبل تسليمه للعامل فلا يجوز لهذا
 الأخير المطالبة بتعويض .

٢٠٧ - وما تقدم يرى أن المادة ١١٣٨ إنما تقرر قاعدة استثنائية خاصة بالمعقود
 التبادلي الناقلة للملكية أو للحقوق العينية أى أن المادة ١١٣٨ لا تنمى على جميع
 المعقود التبادلي على اختلاف أنواعها . وفي غير المعقود التبادلي الناقلة للملكية يجب
 أن لا يؤخذ بهذه المادة بل يجب تقرير قاعدة أخرى يمكن تسويتها مما مر بيانه بشأن
 الإيجار عن شيء أو عن شخص . هذه القاعدة الأخرى هي أن الهلاك في المعقود
 التبادلي على المدين ^(٢) . لأنه اذا تعذر على المدين الوفاء بما التزم به أو استحال عليه

الوفاء فسخ العقد . وعند ذلك لا يلزم الماقد الآخر بالوفاء بالتزامه . وقد بينا ذلك في حالة الايجار اذ يعتبر للتوجر مديناً بالاتفاق والمستأجر دائناً به فلذا تلف الشيء .
التوجر كان التلف على التوجر وهو للمدين بالاتفاق . أى في الوقت الذى تبرأ فيه ذمة التوجر لحصول التلف القهرى ، تبرأ ذمة المستأجر أيضاً لنعم تمكنه من الانتفاع .

٢٠٨ - ويظهر أن هذا الرأى فى تقرير نظرية الهلاك فى حالة نقل الحقوق المبنية وفى حالة عقد الايجار هو الرأى الذى يتفق مع المدالة ومع طبيعة العقود المذكورة وهو ماجرى عليه القضاء الفرنسى أيضاً^(١) ولكن لوحظ فى بعض أحكام القضاء الفرنسى انه قرر نظرية الهلاك على المدين بطريقة أخرى وهى الاستعانة بدعوى الفسخ^(٢) (المادة ١١٨٤ مدنى فرنسى) أى مادام المدين لم يحم بالوفاء بالتزامه فان الدائن لا يستطيع فسخ العقد من تلقاء نفسه بل لابد له من رفع دعوى الفسخ أمام القضاء . وهذا يخالف الأخذ بنظرية الهلاك اذ بحصول التلف وعلى الأخص التلف الكلى ، يفسخ العقد من تلقاء نفسه وبمحكم القانون دون الحاجة الى الالتجاء للقضاء . ويرى الناقدون لهذا الرأى القضاء الفرنسى أن هذا الرأى لم يكن فى محله وأنه لا محل الى الاستعانة بالمادة ١١٨٤ القائلة بدعوى الفسخ . لأن محل ذلك فيما اذا كان عدم الوفاء ناشئاً بفعل المدين لاجداث قهرى^(٣) وقد قصرنا نظرية الهلاك هنا على التلف الناشئ عن الحادث القهرى . لذا قلنا بنظرية الهلاك على المدين وأن العقد يفسخ من تلقاء نفسه دون الحاجة الى رفع دعوى اذا كان التلف كلياً . وأما اذا كان جزئياً فانه يجوز الالتجاء للقضاء لطلب الفسخ أو تنقيص الايجار (المادة ١٧٢٢ مدنى فرنسى المقابلة للمادة ٣٧٠ / ٤٥٣ مدنى مصرى)

وعلى ذلك يرى أنه يجوز الاخذ بالمادة ١٧٢٢ و ٣٧٠ / ٤٥٣ مدنى بوجه علم أى أنه فى كل حالة يحصل فيها التلف ويكون التلف كلياً فى ايجار أو غير ايجار ، يفسخ العقد من تلقاء نفسه وبمحكم القانون . وأما اذا كان التلف جزئياً فانه يجب

(١) د. ١٠٠٧ - ٢٨١ - ومقال بلانويل - ١٠٠٨ - ١٠١ - ١٩١ - س. ٩٠٧

٣٢١٠١٠٠ ومقال Chavegrin (٢) action en résolution (٣) كولين وكابنان ج ٢ ص ٤٤٢

الالتجاء للقضاء^(١) ولكن لا يفوتنا أن نلاحظ بأنه في حالة التلف الكلى أيضاً يحصل أن يلتجئ الماعدان للقضاء إذا تمتعت المدين الذى حصل التلف الكلى من جانبه . وفى هذه الحالة يقضى القضاء بما يقر الحالة التى قررها القانون نفسه ، أى يؤيد الفسخ الحاصل بقوة القانون

الهلاك في الالتزام المعلق على شرط

٢٠٩ - قلنا إن المادة ١١٣٨ تجعل الهلاك فى قتل الحقوق العينية على المالك ورأينا أنها لا تتمشى على العقود التبادلية الأخرى الخاصة بغير قتل الحقوق العينية ونقول هنا أيضاً بأنها لا تتمشى على العقود المعلقة على شرط فإذا حصل عقد بيع بشرط توفيقى كان الهلاك على البائع . أى إذا هلك الشيء المباع قبل تحقيق الشرط تحمل المدين أى البائع الهلاك^(٢) لأن المدين فى هذه الحالة وهو البائع مدين بتنفيذ ما التزم به وهو لا يستطيع الوفاء بالتزامه . وعلى ذلك لا يلزم المشتري بالوفاء بما التزم به أيضاً . على أننا إذا نظرنا إلى القاعدة القائلة بأن للشرط أثرًا رجعيًا^(٣) رأينا أنه كان يجب اعتبار المشتري مالكا من تاريخ الشراء أى أنه يتحمل هلاك الشيء أخذًا بقاعدة الهلاك على المالك ولكن يظهر أن القول بحمل الهلاك على البائع قد لوحظت فيه العدالة . على أنه يمكن القول من طريق آخر بأن قاعدة الأثر الرجعى للشرط إنما هى قاعدة مقررة على سبيل المجاز والتصور^(٤)

وكذلك يجب الأخذ بهذه القاعدة المنطبقة على العدالة كما قلنا ، فى حالة ما إذا كان البيع معلقاً على شرط توفيقى وكان التلف جزئياً وهذا أخذاً من طريق القياس على المادة ١١٨٢قرة ٣مدنى فرنسى التى أجازت للمشتري حق الاختيار بين طلب الفسخ أو طلب أخذ الشيء بالحالة التى هو عليها دون تنقيص الثمن (والمشتري

(١) د ٩١١ ، ١٠٢٩٩ ، ١٠٥٥٠ - س ٩١٠ ، ٧١٠ (٢) المادة ١١٨٢ مدنى فرنسى ولا مثيل لها فى القانون المصرى ولكنها تدرج قاعدة عامة (٣) المادة ١١٧٩ مدنى فرنسى وهى تقابل المادة ١٠٥ / ١٠٩ مدنى مصرى وتقابل أيضاً المادة ٢٦٩ / ٣٣٩ مدنى مصرى للقررة فى حالة البيع تطبيقاً للمادة ١٠٥ / ١٠٩ المقررة فى باب الالتزامات بوجه عام (٤) fiction - كولين وكابيتان ج ٢ ص ٣٤٣ - بلانيول خ ٤٤٤ ن ١٣٥٠ وما بعدها

ويُلزم برد ما قبضه من البائع^(١) ومعنى استرداد البائع بالجهة التي هو عليها هو تحميل البائع باللفب الذي أصاب المبيع قبل تحقق الشرط .

هذا مجمل القول في نظرية الملاك في القانون الفرنسي . والآتي نأتي بلهجة شرعية على نظرية الملاك في الشريعة الإسلامية

٢ - الملاك في الشريعة الإسلامية

٢١٢ - وردت أحكام الملاك في الشريعة الإسلامية في حالة البيع بالمؤاد ٣٦٦ - ٣٦٨ من مرشد الحيران . وهذه المواد مستقاة على ما يظهر من كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع وهي تتلخص في الأحوال الآتية : المبيع إما أن يهلك كله أو يهلك بعضه وإما أن يهلك قبل القبض أو يهلك بعده وفي كل الأحوال إما أن يهلك بأفة سماوية ، وإما أن يهلك بفعل البائع أو بفعل المشتري أو بفعل الأجنبي - وهذا ولكل من هذه الأحوال حكم^(٢) .

والمهم من ذلك كله دون أن ندخل في التفصيل هو أن هلاك الشيء على البائع قبل القبض (المادة ٣٦٦ من مرشد الحيران) سواء كان الهلاك بأفة سماوية (وهو المظهر الصحيح للهلاك بالمعنى العلمى القانونى) أم كان بفعل البائع أو بفعل أجنبي عن الماعدين (المادة ٣٦٨ من مرشد الحيران) ومعنى الملاك أن الذى يتحملة هو البائع . فلا يجوز له مطالبة المشتري بالتمن لأنه لو طالب به طالبه المشتري هو الآخر بتنفيذ ما اتزم به وهو التسليم وقد استحال . أما إذا حصل الهلاك بعد القبض بأفة سماوية فالملاك على المشتري^(٣)

ونخرج من هذا الى القول بأن الشريعة الإسلامية جعلت الملاك على البائع قبل القبض أى قبل التسليم . وهى بذلك تخالف القانون الفرنسى كما مر إذ قرر هذا القانون بالمادة ١١٣٨ أن الملاك قبل القبض على المشتري . والذى يلوح لنا من مقارنة الشريعتين الإسلامية والفرنسية أن القانون الفرنسى أخذ بنظرية الملاك على المالك

(١) كولين وكا: ان ج ٢ ص ٣٤٣ (٢) شرح البيع للمصنفين بشار عيسى ص ٣٨٤ - ٣٨٧

ن ١١٩٠ - ١١٩٣ (٣) شرح البيع للمصنفين بشار عيسى ص ٣٨٥ ن ١١٩١

وأما للشريعة الاسلامية فقد أخذت بنظرية الملاك على المدين . واستند القانون الفرنسى الى أن الملكية انتقلت الى المشتري وبذا أصبحت ذمة البائع بريئة مما التزم به وهو تملك المشتري وقد ملكه . أما الشريعة الاسلامية فقد رأت ان البائع ملزم بالتسليم . ولما استحال عليه فليس له المطالبة بالثمن لانه لو طالب به دفع المشتري 'لدموى' قبله بالزاه ، أولا بالوفاء . وما دام قد استحال الوفاء بالتسليم فقد استحال معه الوفاء بالثمن ^(١) . وقد عالج فتحى باشا زغلول قاعدة الملاك على البائع فى الشريعة الاسلامية بانه ولو ان الملكية قد انتقلت من البائع الى المالك الا ان هذه الملكية تصورية محض ولا يترتب حق عليها للمشتري فى التصرف ببيع العقار لانه ممنوع من ذلك بقول محمد عند المنفعة وبإجماع الشافعية . اذ لا يباح التصرف للمشتري بمثل بيع أو اجارة أو رهن الا اذا قبض المشتري المبيع فعلا أو حكما ^(٢)

٣ — الملاك والشرائع الاجنبية

٢١٣ — قام بعض العلماء فى القرن السابع عشر والثامن عشر ومنهم بوفندورف ^(٣) وباربيراك ^(٤) واعتراضوا على قوة النظرية الرومانية فى جعل الملاك على المشتري . وكانت حججهم فى الاعتراض على ان هذا الرأى لا يتفق مع العدالة . وقالوا بان هذه العدالة تقتضى بان الملاك يكون على البائع طالما أن هذا الاخير لا يزال مالكا . ثم اطلقوا على مذهبهم هذا تلك القاعدة القائلة بان الملاك على المالك ^(٥)

وقد تأثر بعض الشرائع بما اعترض به علماء القرن السابع عشر والثامن عشر وفى مقدمتهم بوفندورف ^(٦) اذا قرر فى انكاثرا والنمسا ان البائع يتحمل الملاك طالما انه لا يزال مالكا ^(٧) . وقرر القانون الالماني الاخذ بهذا المبدأ أيضاً فى المادة ٤٤٦ منه .

(١) شرح البيع ص ٣٨٤ ن ١١٩٠ قرة ٢ (٢) شرح القانون المدنى لفتحى باشا زغلول ص ٢١٠ فى نهاية الصفحة (٣) Puffendorf (٤) Barbeyrac (٥) res perit domino الانبول ج ٢ طبعة سنة ١٩٢١ ص ٤٤٥ ن ١٣٤٥ . - وفى تاريخ هذه القاعدة من حيث الاصطلاح على التسمية راجع ن ١٣٤٦ ج ١ فى نفس الصفحة (٦) Puffendorf (٧) بلانيول ج ٢ ص ٤٤٦ ن ١٣٤٩ . - فتحى باشا زغلول ص ٢١٦ ن نصف الصفحة

بان المشتري يتحمل الهلاك الجزئى أو الكلى فى حداث قهرى ، على شرط ان يكون ذلك بعد حصول التسليم اليه . ويقول « سالى » ^(١) ان هذا الرأى الالمانى الجديد مطابق للقانون الالمانى القديم وان هذا الرأى يتفق كثيراً مع العدالة .

وهذا الرأى الذى يتفق مع العدالة هو هو بعينه الذى قرره الشريعة الاسلاميه كما مر بالمادة ٣٦٨ من مرشد الحيران . وهو هو بعينه أيضاً الذى قرره القانون المصري بالمادة ٢٩٨ / ٣٧١ مدنى كما سيأتى بعد ^(٢)

٤ - نظرية الهلاك فى القانون المصري

١ . - التشريع المصري قبل قانون ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣

رقم ١٨ و ١٩

٢١٤ - يلاحظ على القانون المصري انه قرر الاخذ بقاعدتى الهلاك المتقدمتين . اذا قرر بان الهلاك على المالك . ثم قرر ايضاً بان الهلاك على البائع

٢١٥ - القاعدة الاولى : **الهلاك على المالك** ^(٣) . قرر القانون

بالمادة ٤٥ / ٦٧ مدنى بأن الملكية تنتقل فى الاموال المنقولة أو الثابتة بمجرد حصول العقد . أى انه بمجرد حصول الاتفاق على نقل الملكية يعتبر المشتري مالكا فى الحال والبائع غير مالك . وقد تأيدت هذه المادة بالمادة ٩١ / ١٤٥ مدنى اذ قررت هذه الاخيرة ان التعهد بتسليم شئ (أى يبيعه) ينتقل الملكية فى الحال اذا كان الشئ معيناً ، وكان مملوكاً للتعهد . وبناء على هذه القاعدة القائلة بانتقال الملكية فى الحال للتعهد اليه - وهذه قاعدة عامة لان المادة ٤٥ وودت فى باب العقود بوجه علم ولأن المادة ٩١ وودت فى باب الالتزامات - يجوز حينئذ للتعهد له ان يطلب الى القضاء تمكينه من وضع يده على هذا الشئ محل التعهد . وهو ماقرته المادة ١١٨ / ١٧٥ مدنى

(١) Saleilles فى كتابه فى الالتزامات الالمانية ن ٢٨٢ (٢) شرح البيع ص ٣٨٤

(٣) res perit domino ١١٨٩

هذه البراءة الثلاث ٤٥ و ٩١ و ١١٨ وردت في الأبواب العامة المقررة للمقوق بوجه علم . أى ان حكم هذه المواد حكم عام .

هذا الحكم العام قد تأييد ببعض المواد التي وردت في الأبواب الخاصة من القانون وهي الأبواب التي تكلمت عنها بعض المقود السمة مثل عقد البيع . ذلك ان المادة ٢٦٩ / ٣٣٩ مدنى الواردة في باب البيع قوت بأنه بمجرد عقد البيع تنتقل ملكية البيع الى المشتري . وأنه بناء على انتقال الملكية هذه يجوز للمشتري مطالبة البائع بالتسليم . ويظهر لنا أن حق المشتري في الاستلام انما هو متولد عن حق الملكية المنقولة اليه أى ان التزام البائع بالتسليم لم يكن شرطاً من شروط عقد البيع انما هو نتيجة حتمية لزوال الملكية منه وانتقالها الى المشتري .

وتنتقل الملكية في الحال بمجرد انقضاء العقد حتى ولو كان التسليم مؤجلاً الى وقت آخر على شرط أن يكون البيع مبنياً كما قدمنا (المادة ٢٦٧ / ٣٣٧ مدنى) أى ان الملكية تنتقل في الحال الى المشتري سواء كان البيع بسيطاً أو كان التسليم مؤجلاً وعلى ذلك اذا أفلس البائع جاز للمشتري مطالبة وكيل الدائنين بتسليمه العين البيعة مادام أنه مالك لها من وقت انقضاء العقد ، لان الذى تأجل انما هو تسليم العين . أما ملكيتها فقد انتقلت فعلاً بمجرد حصول العقد بوقته (المادة ٢٦٧ / ٣٣٧ مدنى) .

وانتقال الملكية في الحال سواء كان بالتسليم حالاً أم مؤجلاً انما محلها فيما اذا كانت العين البيعة معينة (المادة ٢٦٨ / ٣٣٨ مدنى) . وأما اذا كانت غير معينة بأن كانت من القدرات بالوزن والكيل والقاس ، فلا تنتقل الملكية الا بعد التعيين بالوزن والكيل والقاس ، أى ان الهلاك قبل التعيين على البائع (المادة ٢٤١ / ٣٠٧ مدنى)

اذا تبين ذلك أمكننا القول بأن الشارع المصرى نهج منهج الشارع الفرنسى في الهلاك . اذ لا يخرج المادة ١١٣٨ مدنى فرنسى عما قرره المواد ٤٥ و ٩١ و ١١٨ مدنى بوجه عام ، وعما قرره المادتان ٢٦٧ و ٢٦٨ مدنى بوجه خاص . واذا كان القانون المصرى قد اتفق هنا مع القانون الفرنسى في الاخذ بقاعدة « الهلاك على المالك » فانه

يجوز حينئذ الأخذ بهذا التعليل الثالث الذى أشرنا اليه فى عرض هذه النظرية الفرنسية وهو التعليل الخاص بأن الهلاك أثر من آثار التعاقد فى الأوقات الحاضرة . وليس هو التعليل الذى قبل به الرومان من حيث شعار عملية البيع الى شطرين ، التزام يلتزم به البائع ، ثم انهماز يلتزم به المشتري . كذلك لم نأخذ بالتعليل الاقتصادى الذى قلبه بعض القسرين فى قولهم بأن «الهلاك على المشتري» لانه هو الذى يستفيد وحده من زيادة قيمة الشيء البيع دون البائع ، أى قاعدة الهرم بالنعم .

وبناء على هذا الشبه فى النصوص المصرية والفرنسية والرجوع فيها الى السوغ القانونى الواحد وهو أن الهلاك أثر من آثار التعاقد فى الأوقات الحاضرة ، أمكننا حينئذ أن نرتب على ذلك جميع النتائج الأخرى التى قررناها فى نظرية الهلاك الفرنسية .

١ - نقل الملكية الى المشتري عند انعقاد العقد أمر لا يتعلق بالنظام العام . وعلى ذلك يجوز الاتفاق على جعل الهلاك على عاتق البائع نفسه . يؤيد ذلك بالمادة ٩٤/٩٩ تجارى ١٠٠٠ فرنسى .

٢ - هلاك القدرات على البائع قبل تعيينها تعييناً نائلاً للجهاالة بالوزن والكيل والمقاس (المادة ٢٤١/٣٠٧ مدنى و ١٥٨٥ فرنسى)

٣ - لا يؤخذ بالمواد ٤٥ و ٩١ و ١١٨ مدنى الا فى حالة العقود الخاصة بنقل الحقوق العينية كالبيع والهبة

٤ - وان كانت المواد ٤١ و ٩١ و ١١٨ مدنى خاصة بالعقود التبادلية الناقلة للحقوق العينية الا أنه يجب أن يلاحظ فى العقود التبادلية على وجه علم أن كل التزام يعتبر سبباً للآخر . فذا زال أحد الالتزامين زال معه الآخر ، فهما يدوران معاً وجوداً وعدمًا . وعلى ذلك اذا هلك الشيء ائوثر فى عقد ايجار (وهو تبادل) وكان الهلاك كلياً انفسخ العقد بحكم ائاقانون ومن تلقاه نفسه (المادة ٣٧١/٤٩٦ مدنى و ١٧٢٢ فرنسى) وأما اذا كان الهلاك جزئياً وجب الالتجاء الى القضاء .

والمنتهى فى تهميد هذه القاعدة هو ما لاحظناه عند تعليل المادة ١٧٢٢ فرنسية .

وهو أن اللزج أصبح مديناً بتمكين المستاجر من الانتفاع وأصبح للمستاجر ملزماً بأداء الايجار . فاذا استحال على المدين بالانتفاع الوفاء بالانتفاع فانه يستحيل أيضاً على المدين بالايجار الوفاء به . وعلى ذلك اذا هلك الشيء فلا يجوز للمؤجر مطالبة المستاجر بالايجار ، أى أن المؤجر يتحمل وحده الهلاك . واذا فرض واستلم المؤجر الايجار مقدماً وجب عليه رده لوجوده تحت يده بلا سبب أى بلا مقابل

٥ — هذه القاعدة التى قررناها فى الايجار نعتبر قاعدة عامة يؤخذ بها فى كل عقد تبادلى . وعلى ذلك يمكننا القول هنا بأن الهلاك على المدين سواء كان الهلاك كلياً أم جزئياً . والفرق بين الكلى والجزئى أنه فى الكلى يفسخ العقد التبادلى معها كان نوعه ايجاراً كان أو غير ايجار ، بقوة القانون دون الحاجة الى القضاء . وفى انتلف البعضى أو الجزئى يجب الرجوع الى القضاء

٥ . — فى الالتزام الملحق على شرط توقينى أو فاسخ يجب الاخذ فى القانون للمصرى بما تقرر فى القانون الفرنسى للشبه الموجود بين النصوص المصرية والنصوص الفرنسية . أى فى حالة الشرط التوفيقى يعتبر الهلاك على البائع قبل تحقق الشرط ، ولو ان ذلك مخالف لنظرية رجعية أثر الشرط^(١)

وفى حالة الشرط الفاسخ يكون الهلاك على الدائن وهو المشتري . وذلك يرجع الى ان الشرط الفاسخ لم يخرج عن كونه فى الحقيقة شرطاً توقيفياً معكوساً كما رأينا ذلك فى شرح النظرية الفرنسية ، أى ان العقد انعقد أولاً ثم توقف انحلاله وفسخه على شرط فسخه فيما بعد . وهذا على عكس ما قرره قضاء هولاندا

هذا هو حكم القاعدة الاولى فى القانون المصرى فى ان الهلاك على المالك فى العقود التبادلية الناقلة للحقوق العينية المعينة وان الهلاك على المدين فى العقود التبادلية الاخرى غير الناقلة بنقل الحقوق العينية . وقد اعتبرنا ان المادة ٣٧١ مدنى تقرر حكماً عاماً كما لاحظنا ذلك فى المادة ١٧٢٢ فرنسى المتباعدة لها .

(١) المادة ١٠٠/١٠١ مدنى بوجه عام والمادة ٢٦٩/٣٢٩ مدنى بوجه خاص فى البيع

ونتقل الآن الى القاعدة الثانية التي قررها القانون المصري

٢١٦ - الفاعلة الثانية : في حالة البيع ، الهلاك على البائع قبل التسليم .
رأينا ان القانون الفرنسي يقرر في المادة ١١٣٨ ان الهلاك على من انتقلت الملكية اليه .
وقد تأيدت هذه القاعدة بالمادة ١٥٨٥ التي وردت بالبيع وأحلت في الهلاك على
المادة ١١٣٨ وعلى ذلك يعتبر الهلاك في القانون الفرنسي على المشتري دون البائع .
هذا من جهة

ومن جهة أخرى رأينا في أحكام الشريعة الاسلامية قبيض ذلك إذ رأينا ان
الهلاك على البائع قبل القبض . ثم لاحظنا ان علماء القرن التاسع عشر والثامن
عشر انتقدوا القاعدة الرومانية التي قالت بهلاك على المشتري (وهي القاعدة التي
أخذ بها الشارع الفرنسي) وافتوا من باب العدالة الاخذ بالقاعدة المكسية وهي جعل
الهلاك على البائع طالما انه لم يزل مالكا للمبيع ثم رأينا ان بعض الشرائع الاجنبية
كما في النمسا وانجلترا والدنيا قد تأثر بما قرره بوفندورف وقررت هذه الشرائع الاجنبية
جعل الهلاك على البائع مشايعة لروح "عدالة" تلك الروح التي قال بها من قبل علماء الشريعة
الاسلامية كما قرره صاحب كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (ج ٥ ص ٢٣٨)
اذا علمنا ذلك ورأينا ان الشريعة الاسلامية خالفت القانون الفرنسي الموضوع
سنة ١٨٠٤ وقررت الهلاك على البائع من زمن بعيد جداً قبل ان يقرره النمسا
واكثره ، والمانيا بتأنيها الحديث سنة ١٩٠٠ او بقانونها القديم ، ثم علمنا أن
الشريعة الاسلامية كانت شريعة مصر قبل سن القوانين . الموضوع سنة ١٨٧٥
و ١٨٨٣ . اذا علمنا ذلك كله أمكننا القول بان الشارع المصري كان يستحيل عليه
مشايعة القانون لفرنسي عند ما سن قوانينه سنة ١٨٧٥ و ١٨٨٣ كما ذكرنا .
وفلا قد رأينا الشارع المصري يقرر بالمادتين ٢٩٧ / ٣٧١ مدني و ٢٩٨ / ٣٧٢
مدني ما يجعل الهلاك على البائع قبل القبض ، سواء كان الهلاك كلياً أم جزئياً ماعدا
الاحوال التي يحصل فيها تنبيه بالاستلام من جهة البائع ولا يحضر المشتري للاستلام
فيتحمل الهلاك . اي ان الشارع المصري لم يأخذ في حالة البيع بقاعدة الهلاك على

المالك^(١) ولم يأخذ بالقاعدة الرومانية وهي هي بنفسها القاعدة الفرنسية مع الاختلاف المعروف في المسوغ القانوني

٢١٧ - لا تمارض في نظرية المهلك بالقانون المصري : مما مرزى أن الشارع المصري قرر الأخذ أولاً وبطريقة عامة بقاعدة الهلاك على المالك ثم عدل عن هذه القاعدة وقرر الأخذ بقاعدة الهلاك على الدائن في حالة البيع فقط . وعلى ذلك أخذ الشارع المصري بالنظرية الفرنسية الرومانية في جعل الهلاك على المالك في جميع الأحوال الخاصة بنقل الحقوق العينية . ثم استثنى من ذلك حالة البيع فقرر لها قاعدة مناقضة للقاعدة السابقة ومطابقة لحكم فقهاء الشريعة الاسلامية ومطابقة للقانون الألماني القديم الذي كان معروفاً قبل سنة ١٩٠٠^(٢) أي أن الاصل الهلاك على المالك إلا في حالة البيع فقط فالهلك فيه على البائع قبل القبض . وتطبيقاً للقاعدة العامة يعتبر الهلاك على عاتق المالك للوديعة والرهن والعارية وهذا حكم لا يمكن مخالفته ولذا تعتبر القاعدة القائلة بأن الهلاك على المالك قاعدة عامة بديهية وأما قاعدة الهلاك على البائع فقد أملتھا العدالة . وعلى ذلك فقهاء الشريعة الاسلامية بقولهم بأن البائع لا يستطيع في هذه الحالة مطالبة المشتري بالتمن لأنه لو فعل ذلك لطلبه المشتري أيضاً بتسليمه المبيع^(٣)

وإذا كان الشارع المصري قد أخذ بنظرية الهلاك على المالك بوجه عام وفي جميع الأحوال في العقود التبادلية المتعلقة بنقل الحقوق العينية فقط ، ثم أخذ بنظرية الهلاك على البائع قبل القبض في حالة البيع فقط استمعنا أن نقول بأن الاصل في القانون المصري الأخذ بنظرية الهلاك على المالك أو على المدين ، طبقاً للقانون الفرنسي وإن الاستثناء الآخذ بالهلك على البائع إنما هو في حالة البيع فقط . وعلى ذلك لا نعتبر أن هناك تناقضاً في التشريع المصري فيما يتعلق بالهلك كما يؤيدنا في ذلك فتحي باشا زغول^(٤) ويخالقنا فيه حلي باشا عيسى^(٥)

(١) دى هلس ج ٤ ص ١٨٩ ن ١٢ (٢) بلانول ج ٢ ص ٤٤٦ ن ١٣٤٩

(٣) شرح البيع ص ٣٨٤ ن ١١٩٠ مرة ٣ (٤) شرح القانون المدني ص ٢١٧

(٥) شرح البيع ص ٣٨٧ ن ١١٩٤

ب - التشريع المصرى بعد قانون ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣

رقم ١٨ و ١٩

٢١٨ - رأينا أن القانون قرر انتقال الحقوق العينية عقارية كانت أو منقولة بمجرد حصول التعاقد (نواو ٤٥ و ٩١ و ١١٨ و ٢١٦ و ٢٦٦ و ٢٦٧) ولكن جاء قانون ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ رقم ١٨ أهلى و ١٩ محتاط وعلق نقل الملكية العينية المقاربة بين العاقدين على تسجيل العقد . فبعد أن كان التسجيل أداة اشهار فقط للغير أصبح فوق ذلك شرطاً لازماً في نقل الملكية بالنسبة للمتعاقدين . وبدونه لا تنتقل الملكية بل يستحيل العقد الى التزام شخصي كما نصت بذلك المادة الاولى منه

ولكن اذا كانت للملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل فهل يبقى الهلاك على المالك الاصلى ؟ أى فى حالة البيع اذا هلك المقار فى يد المشتري قبل التسجيل فهل يكون الهلاك على البائع ؟ الذى نقول به إنه ولو أن الملكية لم تنتقل الى المشتري بسبب عدم تسجيل عقد البيع ، إلا أن البائع قد برئت ذمته من الالتزامات الناشئة عن البيع والتي كان ملزماً بها . فإذا لم يحصل تسجيل بمعرفة المشتري وكان هو السبب فى ذلك فحمل هو نتيجة عمله سواء أكان مخطئاً أم غير مخطئ ، فيما اذا اعتوره حادث جبرى أو قهرى . اذ الهلاك عليه فى هذه الاحوال جميعها . أما اذا كان عدم التسجيل ناشئاً عن خطأ البائع وعدم سعيه فى تمكين المشتري من التسجيل كان الهلاك على البائع . أى أن نظرية الخطأ هنا أولاً ظاهراً فى الهلاك اذ يكون الهلاك على من أخطأ ولا يكون على من برئت ذمته من التزاماته . ولا يصح القول هنا بجعل الهلاك على المالك ^(١) أى على البائع قبل التسجيل فيما اذ برئت ذمة البائع من التزاماته لان هذه القاعدة لا تسرى فى حالة البيع طالما لم يحصل تسليم . وأما اذا حصل فالهلاك على المشتري تسجل العقد أو لم يتسجل ما دام أنه ليس للبائع دخل فى عدم التسجيل (وسنشرح ذلك بالتفصيل فى كتابنا فى التأمينات)

٢١٩ . - ملاحظة هامة : إن الاساس فى نظرية الهلاك هو اعتبار أن التلف

ناشئ عن حادث قهرى أو جبرى . وهذا هو موضع أهمية النظرية سواء كان الهلاك فى التشريع الفرنسى أو الاجنبى المصرى . وأما اذا كان التلف ناشئاً عن خطأ أو تقصير الملتزم فلا محل مطلقاً للاخذ بنظرية الهلاك بل يجب الاستعانة بنظرية أخرى وهى نظرية فسخ العقد وهذا ما سنوجز القول فيه حالا .

والآن وقد اتهمنا من الاثر الثانى للعقود التبادلية وهو نظرية الهلاك فلننتقل الى الاثر الثالث لها وهو دعوى الفسخ وبذلك نكون قد أتممنا الكلام على الآثار الثلاثة وهى الدفع بعدم الوفاء والهلاك ودعوى الفسخ .

(٣) الاثر الثالث للعقود التبادلية

الفسخ

١ - كلة عامة

٢٢٠ - وردت قواعد الفسخ فى المواد ١٧٧ - ١٧٩ / ٢٤٠ - ٢٤٢ من القانون المدنى تحت عنوان « فى فسخ عقود التعهدات » (وهو تعبير غير مقبول) . واختلفت بعض المواد المختلطة فيه عن المواد الاهلية كالمادة ٢٤٢ مدنى مختلط . ثم ورد بالقانون المدنى المختلط مواد أخرى تتعلق بأثار الفسخ بالنسبة للغير ، ولم يكن لها مثيل بالقانون المدنى الاهلى كالمواد ١٩٧ و ٣٤٠ و ١٨٤ و ٢٨٩ فقرة ٢ . ووردت بعض المواد بالقانون المختلط . وورد مثلها بالقانون الاهلى ولكنها وردت فى هذا مخالفة للقانون المختلط كالمواد ٣٣٢ / ١٣ و ٢٨٠ و ٤٧ / ٢٧ و ٤٦ / ١٧٩ و ٢٤٢ وجاء بعض المواد اخاصة بأثار الفسخ أيضاً متشابهة فى القانونين الاهلى والمختلط كالمواد ٢٦٩ / ٣٣٩ و ٦٣٠ / ٧٤٧ .

٢٢١ - وقد خالف القانون المصرى فى تقرير دعوى الفسخ وآثارها القانونية وقيودها الشارع الفرنسى ولم يقف الاختلاف عند الآثار والتقيود بل وقع الاختلاف أيضاً فى المدة المسقطه لدعوى الفسخ فقد قرر لها الشارع الفرنسى عشر سنوات (المادة ١٣٠٤) بدلاً من المدة المسقطه العاديه وهى ٣٠ سنة (المادة ٢١٦٢ مدنى فرنسى) ولم يحد الشارع المصرى حذوه بل ترك تقدير المدة خاضعاً لاتواعد العامة الخاصة

بلدة المسقطه وهي ١٥ سنة (المادة ٧٦ / ١٠٢ مدنى)

هذا ولما كانت دعوى الفسخ ملتصقة على الاكثر بالعقود التبادلية رأى الشارع الفرنسى ان يقرر لها المادة ١١٨٤ القائلة بان شرط الفسخ فى العقود التبادلية شرط لازم ومفروض فيها عند علم قيام أحد العاقدين بما التزم به . ولم يرد لهذه المادة مثيل فى القانون المصرى مختلطا كان أو أهليا . وقد اذرت المادة ١١٨٤ مدنى فرنسى نقد الناقدين من الوجهة العلمية لما اصابها من اضطراب العبارة وضعف التركيب ولذا رجع فى معرفة حقيقتها الى تاريخ التشريع عند الرومان وقبل تاريخ سنة ١٨٠٤ اى قبل سنة وضع قانون نابليون .

٢٢٢ — امام هذا الاختلاف بين القانون المصرى فى شطريه الاهلى والمختلط وامام سكوت الشارع المصرى عن نقل المادة ١١٨٤ ، الخاصة بشرط الفسخ الضمنى ، وعن المادة ١٣٠٤ ، الخاصة بسقوط دعوى الفسخ بمدة عشر سنوات ، وامام اهمية نظرية فسخ العقود فى المجالات الحيوية ، امام كل هذا لا نرى بداً من الانام بهذه النظرية عند الفرنسيين الذين أخذنا عنهم تشريعنا المصرى ، وبذا نستطيع الوقوف على حقيقة المواد المصرية ومبلغ مداها من الاثر القانونية ، وما يمكننا اخذه عن الفرنسيين وما لا يمكننا اخذه ، مع الرجوع الى آراء المحاكم ومذاهب الشارحين وما قرره الشرائع الحاضرة كالقانون الالمانى الصادر سنة ١٩٠٠ .

ونبدأ القول أولا بالقانون الفرنسى ثم ننتهى الى القانون المصرى

٢ — مشروعية الفسخ

٢٢٣ — **مشروعية الفسخ** : مشروعية فسخ العقد ترجع للعادلة : فاذا لم يوف أحد العاقدين فى العقد التبادلى بما التزم به جاز للآخر طلب فسخ العقد وتسمى الدعوى دعوى الفسخ ^(١) وكيف يمكن ان يبقى العقد قائماً ويلزم العاقد الآخر بما التزم به فى الوقت الذى لم يقم العاقد الاول بالوفاء من جانبه ؟ فن الوجهة القانونية الفسخ جائز ما دام أن أحد العاقدين لم يقم بما التزم به . ومن وجهة العدالة الفسخ

جائز أيضاً لأنه لا يكره العاقد على البقاء مرتبطاً برباط قانوني مع العاقد الآخر ما دام هذا الآخر لم يوف بما التزم به ^(١)

فإذا سكت الشارع الفرنسي عن وضع مادة تقرر الفسخ عند عدم قيام أحد العاقدين في العقود التبادلية ، فإن أمر الفسخ مفهوم بطبيعته ، أما بالرجوع الى الأصول القانونية وأما الى العدالة البحتة كما رأينا .

ومع ذلك فإن الشارع الفرنسي لم يشأ ان يترك أمر الفسخ بلا نص فقرر وضع المادة ١١٨٤ بنصها الآتي : « ان الشرط الفاسخ ^(٢) مندمج دائماً وأبداً في العقود التبادلية ، وذلك في حالة ما اذا لم يتم أحد العاقدين بالوفاء بما تعهد به - وفي هذه الحالة لا يفسخ العقد من تلقاء نفسه . اذ للعاقد الذي لم يوف اليه بما التزم به العاقد الآخر حق الخيار له : اما طلب الزام هذا العاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به بالذات اذا كان التنفيذ مستطاعاً ، واما طلب الفسخ مع تعويض - ويجب أن يطلب الفسخ الى القضاء . ويجوز اعطاء مهلة للمدعى عليه تبعاً للظروف »

٢٢٤ - والذي يفهم من هذه المادة ان شرط الفسخ في العقود التبادلية مندمج في هذه العقود . اتما مع اندماجه هذا لا بد في طلبه من ضرورة الالتجاء الى القضاء . ولا شك في ان تقرير شرط الفسخ الضمني باعتباره مندمجاً في العقد التبادلي ، ثم ضرورة طلب الحكم به الى القضاء ، فيه تناقض ظاهر . اذ لا معنى من طلبه الى القضاء في الوقت الذي تنطق به طبيعة العقد التبادلي . ولأجل الوقوف على أصل التناقض الظاهري هذا يجب الرجوع الى تاريخ الفسخ ابتداء بالرومان

١ - الفسخ عند الرومان

٢٢٥ - ما كان الرومان ليعرفوا الفسخ عند عدم الوفاء . لأنه اذا لم يوف العاقد بما التزم به جاز للعاقد الآخر في الاصل مطالبة زميله بالوفاء بأن يستين في ذلك بجميع الوجة القانونية . لذا كان حق العاقد الذي يبدأ بالوفاء من جانبه أولاً معرضاً للضياع . ولكن تقرر مع ذلك لهذه القاعدة استثناءات :

(١) في حالة البيع القوري^(١) كانت ملكية المبيع لا تنتقل الى المشتري إلا عند دفع الثمن . ولذا كان للبائع حق طلب استرداد المبيع فيها اذا ساء المبيع دون أن يقبض الثمن . وعلى ذلك لا يتعرض حقه لخطر الضياع ، الا اذا أعطى للمشتري مهلة ، أى في حالة البيع المؤجل^(٢)

(٢) اذا كان العقد تبادلياً ، أى اذا كان هناك التزامان ، وسكت العقد عن يبدأ بالوفاء أولاً جاز لمن رفعت عليه الدعوى بالمطالبة بالوفاء أن يدفعها في وجه خصمه بالنسك بدفع الغش^(٣) طالما أن رافعه لم يقيم هو بالوفاء من جانبه ، لأن من وسائل الغش المطالبة بما التزم به التعاقد دون أن يقوم للمطالب أولاً بالوفاء بما التزم به هو

(٣) اذا كان العقد غير المسمى^(٤) خاصا بنقل ملكية في مقابل نقل ملكية^(٥) أو خاصا بنقل ملكية في مقابل القيام بعمل^(٦) وحصل الوفاء من جانب أحد التعاقدين دون الجانب الآخر جاز لمن حصل الوفاء من جهته باعتباره دائناً في هذه الحالة ، أن يرفع الدعوى قبل من لم يوف بالتزامه ويطلبه برد مأخذه بلا سبب^(٧)

(٤) اعتاد الرومان في عقد البيع المؤجل أن يضعوا به الشرط المسمى شرط الفسخ^(٨) وهو الشرط القائل بفسخ العقد وفسخ نقل الملكية المترتب على العقد ، بحكم العقد نفسه اذا لم يدفع الثمن في الميعاد المعين . وعلى ذلك اذا لم يدفع الثمن يحل الشرط وتعود الملكية الى البائع ويجوز لهذا الأخير استرداد المبيع حتى لو كان المشتري قد تصرف فيه الى الغير . وهذا على عكس الحالة المتقدمة التي يكتفى فيها البائع بالمطالبة برد الشيء ،^(٩) اذ ليس له الا مجرد حق شخصي فقط قبل المشتري . وتقرر ذلك في العصر العلمى ، وفيه مافيه من الخطورة المحدقة بالبائع لأن المشتري يسارع في تلك الحالة الى التصرف للغير حتى لا يلزم برد المبيع بالذات الى البائع .

(١) au comptant (٢) à crédit (٣) exception de dol (٤) contrat innommé (٥) conditio causa data non secuta (٦) do ut facias (٧) do ut des (٨) conditio (٩) condition résolutoire أى lex commissoria

الفسخ فى فرنسا قبل سنة ١٨٠٤

٢٢٦ - لم يبق من هذه الوسائل الأربعة المتقدمة عند الفرنسيين الا وسيلتان فقط :

- (١) الرفع بعدم الوفاء ^(١) وقد يينا ذلك فى مكانه فلا محل للمود اليه
- (٢) الشرط الفاسخ ^(٢) : وكان شرطاً شائعاً معروفاً حتى انتهى الامر باعتباره مقدراً عن عدم النص عليه فى البيع ، ثم فى العقود التبادلية على اختلاف أنواعها . وهذا ما جعل الشارع الفرنسى يقول فى المادة ١١٨٤ المذكورة باقراض وجود هذا الشرط الضمنى بالعقود التبادلية . ولكنه جعل وجوده معلقاً على شرط المطالبة به أمام القضاء .

الشرط الفاسخ بقانون نابليون

٢٢٧ - وقررت هذا الشرط المادة ١١٨٤ وعلقت وجوده كما ذكرنا على المطالبة به أمام القضاء

أما حكمة تعليق وجوده على المطالبة به أمام القضاء فترجع لسببين
أولاً : لانه اذا قيل بحصول الفسخ من تلقاء نفسه ^(٣) لمجرد عدم قيام أحد الماعدين بما التزم به ترتب على ذلك ان يعيب العاقد الذى لا يريد الوفاء ، بهذا العقد ، اذ يكفيه الامتناع عن الوفاء حتى يفسخ العقد من تلقاء نفسه . واذا حصل ذلك أصاب العاقد الآخر ضرر ظاهر ، لانه ربما يكون من مصلحته المطالبة بالوفاء بالالتزام الاصلى ، وان فسخ العقد على هذه الصورة ضارٌّ به لذا يكون من مصلحته تقرير حق الاختيار له بين طلب الفسخ أو طلب الوفاء بالالتزام الاصلى
ولكن اذا قلنا بتقرير حق الاختيار هذا للدائن ، ما كانت هناك حاجة الى الالتجاء للقضاء فى طلب الفسخ ، اذ يكفى الأخذ بالفسخ بمجرد ان يظهر الدائن

رغبته في التمسك به دون الحاجة الى الرجوع للقضاء . وهذا ما قرره القانون الالماني بالمادة ٣٣٦ .

ثانياً - ولكن يظهر ان حق الاختيار هذا في طلب الفسخ أو في طلب الوفاء بالالتزام الاصلى لم يكن وجيهاً كثيراً في تبرير ضرورة الالتجاء للقضاء في طلب الفسخ . ولذا علل الشارحون المادة ١١٣٨ بتعليل آخر . ذلك لانه حتى اذا قيل بوجاهة التعليل القائل بحق الاختيار للدائن في ان يختار الفسخ أو المطالبة بالوفاء ، فان هذا التعليل ذو مضار ظاهرة . لانه يحصل أن يكون من مصلحة المدين حسن النية وسعى الحظ ان لا يطالبه دائته بالفسخ ، بل من مصلحته ان يطلب الى القضاء اعطاء مهلة يتمكن فيها من الوفاء بالتزامه الاصلى . لذا قررت المادة ١١٨٤ جواز اعطاء هذه المهلة ومن ذلك يتبين أن في طرح أمر الفسخ أمام القضاء مصلحة ظاهرة لطرفي العقد ، الدائن والمدين . لانه اذا قيل بفسخ العقد لمجرد عدم الوفاء من العاقدين ، كان في ذلك ضرر ظاهر بالعاقدين إذ يحتمل أن يكون من مصلحة المدعى أن لا يفسخ العقد وانه يريد الوفاء بالذات . وكذلك ربما يحتاج المدعى عليه مهلة حتى يتمكن من الوفاء فالحكمة ظاهرة من ضرورة الالتجاء للقضاء

والقضاء حر فيما يقرره من الفسخ أو من تقرير مهلة أو الاكتفاء بتعويض فيما اذا كان الوفاء جزئياً . أى لا يلزم القضاء بالفسخ في حالة الوفاء الجزئى . ولم يرد بالقانون الفرنسى نص بذلك في باب الالتزامات أما ورد به نص في حالة البيع (المادة ١٦٣٦ مدنى فرنسى) ونص في حالة الايجار^(١) وجرى القضاء الفرنسى على اعتبار هذا النص في البيع والايجار عاماً جرياً وراء ما كان يقرره القضاء الفرنسى القديم . ولم يأخذ به القضاء في حالة الوفاء الجزئى فقط بل في حالة عدم الوفاء بشرط من الشروط التبعية للعقد^(٢)

في آثار الفسخ بالنسبة للغير

٢٢٨ - ما دام الفسخ قضائى أى يحكم به القضاء بناء على دعوى ترفع لديه

(١) المادة ١٧٢٢ في حالة الهلاك الجزئى ، والمادة ١٧٢٩ في حالة استعمال المستأجر للشيء المؤجر في غير ما أجر له (٢) clause accessoire د ٩٠٧ ، ١ ، ٢٤٩ - س ١٠٨ ، ١٩٣ ومقال قاهل Wahl - د ١٠٩١١ ، ٥٥ - س ٩١٠ ، ٧١

فن النطق ان لا تمتدى آثار الفسخ دائرة العاقدين . فاذ سبق للمشتري مثلا ان تصرف فيما اشتراه فلا يؤثر الفسخ على المشتري الثاني . ولكن القضاء الفرنسي أخذ بنقيض هذه القاعدة . وحجته في ذلك ان شرط الفسخ الضمني هو كشرط الفسخ الصريح بالمقد من حيث الآثار القانونية في كل ^(١) وبناء على هذا الرأي القضائي الفرنسي لا يأمن المشتري الثاني مغبة شرط الفسخ الضمني المندمج في العقد والذي لا يعلم به مطلقا ، ويصبح معرضاً لخطر آثاره فيما تقرر له من الحقوق العينية على المبيع

٣ - الفسخ في القانون المصري

١ - في مشروعيته ومصادره القانونية

٢٢٩ - رأينا في مشروعية الفسخ عند الفرنسيين ان الاصل فيرجع الى العدالة لانه لا يجوز عدلا ان يظل أحد العاقدين مرتبطا بالتزامه في الوقت الذي فيه لا يوفى العاقد الاخر بالتزامه . ويظهر ان لهذا السبب وهو العدالة لم يشأ الشارع المصري نقل هذه المادة ١١٨٤ الفرنسية اكتفاء بالرجوع الى العدالة في تقريرها ولذا يجب الاخذ بها رغم عدم وجود نص يماثلها في القوانين المصرية . وقد جرى القضاء المصري على الاخذ بشرط الفسخ الضمني ^(٢) ويستند في تقريره الى ان هذا الشرط مستفاد دائماً وأبداً من العقود التبادلية لانه مندمج بها ، وان السبب في اندماجها بها هو لأن كلا من العاقدين في العقد التبادلي انما يلتزم ، نظراً لما يعود عليه من المنفعة ، في الوفاء للعاقد الآخر ، بما التزم به ، وانه اذا لم يستطع أحد العاقدين أو لم يرد الوفاء بالتزامه جاز للآخر حق طلب الفسخ ، أو هو يرمى بالفسخ إما الى اعاقته من القيام بالوفاء بما التزم به هو ، واما الى طلب رد ما وفي به الى العاقد الآخر فيما اذا كان قد قام بالوفاء من جانبه أولاً ^(٣)

(١) د ٨٢٠، ١، ٣٦٠ - س ٨٢٠، ١، ١١٠ (٢) استئناف ٣١ مايو سنة ١٩١٤ م

ث ق ٢٦، ٤٠٣ (٢) راجع أسباب الحكم المتقدم ٣١ مايو سنة ١٩١٤ م ق ٢٦٦ ص ٤٠٥

فاذا لم يوف أحد العاقدین بالتزامه بعضاً أو كلاً جاز للآخر طلب الفسخ الى القضاء . وفي هذه الحالة يجوز للقضاء الحكم بالفسخ والتعويض كله ، أو الحكم بقاء العقد والتعويض الجزئي نظير القيام بالوفاء الجزئي

والمصادر القانونية المصرية للقواعد المقررة في المادة ١١٨٤ مدني فرنسي هي المواد ١١٧/١٧٣ و ١٧٤/٢٣٧ مدني و ١١٨/١٧٥ مدني و ١١٩/١٧٧ مدني فيما يتعلق بالفسخ ، والمواد ١٦٨/١٣١ و ٣٣٣/٤١٤ مدني فيما يتعلق بالهالة القضائية ٢٣٠ - في الفسخ : أجازت المادة ١٧٧ الفسخ عند الوفاء الجزئي والمفهوم أنه

من باب أولى أنها تميز الفسخ اذا لم يحصل الوفاء بالمرة . وأجازت المادة ١١٨ حق المطالبة بتنفيذ الالتزام الاصلی . ثم أجازت المادة ١١٩ حق المطالبة بتعويض نظير عدم الوفاء بالمرة ، أو نظير الوفاء الجزئي فاذا قربنا هذه المواد بعضها لبعض استعدنا منها ان الفسخ جائز اذا كان عدم الوفاء جزئياً أو كلياً . وان حق المطالبة بالوفاء بالالتزام الاصلی جائز أيضاً . أي أن القانون المصري يقرر نفس ما قرره المادة ١١٨٤ الفرنسية ولذا لم يأت بمادة منفردة تشبه المادة الفرنسية ^(١)

وننتهي من ذلك كله الى القول بأن الفسخ لا بد وأن يطلب الى القضاء ^(٢) . ويجوز الحكم به اذا كان عدم الوفاء كلياً مع الحكم بتعويض . ويجوز الحكم به أيضاً في محلة الوفاء الجزئي مع الحكم بتعويض

٢٣١ - اذا علم ذلك فهل يجوز للقضاء عدم الحكم بالفسخ وجواز اعطاء مهلة للمدعى عليه في حالة عدم الوفاء الكلي والبعضي أخذاً بالمادة ١١٨٤ فرنسية ؟

(١) أما المادة ١٧٢٩ مدني التي قررت جواز فسخ عقد الايجار فيما اذا استغل المستأجر الشيء المؤجر اليه بطريقة تخالف العقد ، فلها لم تنقل الى التشريع المصري برمتها بل كل ما قرره المادة ٣٧٧ ٤٦٦ مدني هو المخطر على المستأجر في استغلال الشيء المؤجر بما يخالف عقد الايجار ، ولم تقرر للمخالفة جزاء وهو الفسخ . ولكن لا يفهم من عدم تمرير الفسخ في هذه الحالة عدم جواز الحكم به عند الضرورة ، بل الذي يفهم من عدم النص عليه انما هو ترك ذلك للظروب المختلفة التي تكيف بها أنواع النزاع بين الافراد

(٢) وقد حكم بأنه اذا لم يدفع المشتري اجرة المياه فلا يجوز لشركة المياه أن تقطع المياه عن المشترك وتنتزع من نفسها ولنفسها حكماً بل يجب عليها ان ترضع امرها للقاضي وتطلب اليه الجزاء على عدم دفع قيمة الاشتراك ، في يناير سنة ١٩١٢ ٢٩٠ ١٧٧

نعم يجوز للقضاء المصري ذلك وحجتنا المواد ١٦٨/٢٣١ مدنى التى أباحت اعطاء مهلة فى الالتزامات والمادة ٣٣٣/٤١٤ مدنى التى أبازت للقضاء اعطاء مهلة للمشتري فى دفع الثمن ، الا اذا كان الفسخ مشروطاً بمقد البيع لمجرد عدم دفع الثمن فى الميعاد باعتبار أن الفسخ يحصل من تلقاء نفسه على شرط انذار المشتري أو عدم انذاره اذا اشترط عدم الانذار بالمقد (المادة ٣٣٤/٤١٦ مدنى) أى أننا نعتبر حكم المادة ٣٣٣/٤١٤ مدنى حكماً عاماً لا خاصاً بالبيع فقط (١)

أما اذا لم يكن الفسخ مشروطاً فى العقد فإن القاضى يملك حق تقدير ظروف الفسخ وله أن يحكم به كما له الاكتفاء بالتعويض تبعاً للظرف

فى آثار الفسخ بالنسبة للغير

٢٣٢- رأينا القضاء الفرنسى يقول سريان مفعول الفسخ على الغير. فهل انبع الشارع المصرى هذه القاعدة أو خالفها؟ قرر الشارع المصرى المختلط عدم سريان الفسخ على الغير فيما اذا كان الغير دائئاً مرتهناً بحسنة ومسجلاً رهنه. فقد قررت المادة ١٩٧ مختلط أن : « بطلان المشاركة المشتعلة على نقل ملكية العقار لا يضر بحقوق الدائنين برهونات مسجلة اذا كانوا قد ارتهنوا مع اعتقادهم صحة الرهن . » ولا يوجد مثيل لهذه المادة فى القانون المصرى الاهلى. وعلى ذلك بتقرر بمصر قاعدتان متعارضتان فيما يتعلق بالغير . اذ بينما يجرى التشريع المصرى الاهلى على ما جرى عليه القضاء الفرنسى كما رأينا فى أن أثر الفسخ يمتدى للعاقدين الى الغير ، وهم الذين ترتب لهم حق عيبى على المبيع ، اذ يجرى التشريع المصرى المختلط على تقيض ذلك. (٢) أى أن الفسخ لا يكون حجة على هذا الغير . ويظهر أن حكمة هذا الشذوذ والاختلاف بين التشريعين فى بلد واحد هي كما يقول دى هلس (٣) انه لما أرهقت المزارعين أنواع عدة من الارهاق حتى أعوزهم المال وطلبوه فلم يجدوه ، رأى الشارع المختلط سنة ١٨٧٥ ضرورة حماية الدائنين الاجانب الذين كانوا يمدون

(١) استئناف م ٢٨ يناير سنة ١٨٩١ م ق ٣/١٦٥ (٢) دى هلس ج ١

ص ١١٥ ن ٣٣ (٣) ج ١ ص ١١١ ن ٢٦

هؤلاء المزارعين بالاموال اللازمة لاستغلال أراضيهم وترويج المعاملات العقارية وغيرها بين الناس

واذا اختلف التشريعان الاهلي والمختلط فيما يتعلق بالدائنين المرتهنين رهناً تأمينياً فانهما يتفقان فيما يتعلق بالمشتري . أى أن المشتري حتى لو كان حسن النية يجب أن يخضع لمفعول الفسخ ، أى أن الفسخ حجة على المشتري الاجنبى والاهلى ، لأن المستثنى فقط هو الدائن الاجنبى المرتهن والمسجل بحسن نية . ويجب أن يلحق بالدائن المرتهن الدائن صاحب حق الاختصاص على بعض أملاك مدينه لان هذا الدائن لا يختلف عن الدائن المرتهن باعتبار أن الاختصاص هو رهن تأمينى^(١)

وعلى خلاف القاء بين التشريع الاهلى والمختلط تترتب نتائج غريبة لان الوطنى اذا كان دائناً مرتهناً رهناً تأمينياً لاجنبى ، استفاد من المادة ١٩٧ مدنى مختلط . أما اذا كان مدينه وطنياً مثله فلا يستفيد . بمعنى انه فى الحالة الاولى لا يتأثر حقه بمفعول فسخ العقد الملك لمدينه . وعلى العكس من ذلك فان حقه فى الرهن يبطل فى الحالة الثانية . وهذا شذوذ غريب

هذا وقد تأيد النص ١٩٧ مدنى مختلط بجملة مواد أخرى تعمل على حماية الدائن المرتهن فقط ولم تعرض لغير الدائن المرتهن رهناً تأمينياً وعلى ذلك يعتبر غير هذا الدائن خاضعاً للقاعدة العامة

وأما المواد الاخرى المؤيدة للمادة ١٩٧ مختلط فهي المواد ٢٤٢ و ٣٤٠ و ٤١٣ و ٤١٧ و ٧٤٧ مدنى مختلط . ويلحق بها أيضاً المواد ٤٦ و ٤٧ مدنى مختلط و ٧٨ تجارى مختلط ولما جاء الشارع الاهلى سنة ١٨٨٣ لم ينقل المواد ١٩٧ و ٣٤٠ مدنى مختلط ولكنه عند نقل المواد الاخرى وهى ٤١٣ و ٤٦ و ٤٧ و ٢٤٢ حذف منها ما يتعلق بالدائنين المرتهنين واطلق المواد الاهلية على وجهها العام^(٢)

غير انه يجب ان يلاحظ مع ذلك ان الشارع الاهلى قد نقل مادته ٦٢٠ مدنى عن المادة ٧٤٧ مدنى مختلط حرفاً بحرف وهى القائلة بان الفسخ بسبب عدم دفع الثمن

(١) دى ملتن ج ١ ص ١١٥ و ١١٦ ن ٣٥ . (٢) فى هذه الفقرة انظر دى ملتن ج ١

لا يعتبر حجة على الدائنين المرتبهين الذين سجلوا قبل تسجيل عقد البيع . والمفهوم من ذلك أيضاً أن الفسخ لا يسرى كذلك ضد أى شخص تقرر له حق عيني عقارى غير الرهن وسجله قبل عقد البيع^(١)

٢٣٣ — هذا وإذا كان الفسخ جائزاً في البيع بسبب استحقاق بعض المبيع أو ظهور حق ارتفاق عليه (المادة ٣١٠ / ٣٨٤ مدنى) فإنه مع ذلك لا يجوز للمشتري طلب هذا الفسخ بالنسبة لباقي الصفقة إذا تقرررت على هذا الباقي حقوق لدائنين مرتبهين رهنًا تأمينياً (المادة ٣١١ / ٣٨٥ مدنى) والذي نراه في هذه الحالة هو تعميم الخطر في طلب الفسخ في غير البيع . وإن يلحق أيضاً بالدائنين كل من تقرر له حق عيني عقارى على العقار سواء كان دائناً صاحب اختصاص أم مشترياً كل ذلك بالنسبة للغير . وأما بالنسبة للتعاقدین فان الفسخ يؤثر عليهما بحيث يترتب عليه دائماً انهما يعودان الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد^(٢)

في شروط دعوى الفسخ

٢٣٤ — في طلب الفسخ انما يرمى العاقد الى الافلات من الوفاء بالتزامه نظراً لعدم الوفاء من جانب خصمه . وبالفسخ لا يملك دائنو خصمه حق الحجز تحت يده على ما كان بذمته لخصمه . فكأن من يحكم له بالفسخ يكون في حكم الدائن الممتاز . أى أنه يتقاضى حقه المقرر له قبل غيره مما تقرر في ذمته لهذا الغير وكأن الفسخ أصبح في هذه الحالة كالمقاصة^(٣) . أى أن الوفاء من الجانبين يحصل بعملة المقاصة ، وهي عملة عدم الوفاء ، أى بعملة واحدة ، أو بمحصول الوفاء الجنسى^(٤) . ويترتب على ذلك ما يأتي :

(١) يحكم بالفسخ سواء كان عدم الوفاء راجعاً لخطأ المدعى عليه أو نقصيره أو للحوادث القهرية والجبرية^(٥) . ويجوز مع الحكم بالفسخ الحكم بتعويض في حالة عدم الوفاء السكلى أو الجزئى كما رأينا .

(١) دى مجلس ج ١ ص ١١٦ ن ٣٦ في نهاية النيفه (٢) استئناف م ١٧ إبريل سنة ١٩١٢
 بت ق ٢٤ ، ٢٨٤ (٣) كولين وكليتان ج ٢ ص ٣٤٧ (٤) exécution par équivalent
 (٥) أنظر مع ذلك المادة ٣٢٥ مدنى المائى

(٢) يحكم بالفسخ عند عدم قيام الدين بالوفاء . ولا يعتبر الدين ممتنعاً عن الوفاء الا اذا أنذر بالوفاء من جانب الدائن . وطالما أنه لم ينذر يجوز له الوفاء بما التزم به عيناً وذاتاً . و شرط الانذار مستفاد من المواد الخاصة بالمطالبة بالتعويض (المادة ١١٩ / ١٧٧ مدني ١١٤٧ و ١١٤٨ فرنسي) والخاصة بالوفاء في الثمن في البيع (المادة ٣٣٤ / ٤١٦ مدني) . على أن الانذار مستفاد من رفع الدعوى بالذات اذ نحل عريضة الدعوى محل الانذار ^(١) هذا ويرى القضاء المصري المختلط أنه مع صحة القول بأن عريضة الدعوى تعتبر بمثابة انذار الا أنه يقول مع ذلك بأنه من المتفق عليه قضاء وقهاً أن لا ضرورة لأبته ، في حالة الشرط الفاسخ الضمني المستفاد دائماً من العقود التبادلية ، للقيام بأى عمل غير قضائي ^(٢) قبل رفع دعوى الفسخ كعمل انذار ^(٣)

٢٣٥ - في الفسخ المقضى به في العقد بمعرفة الطرفين : يحصل أن الماقدن يشترطان الفسخ في العقد ويقرانه لمجرد عدم حصول الوفاء من أحدهما مع عدم ضرورة الالتجاء للقضاء للحكم به . وعلى ذلك اذا حصل عدم الوفاء وقع الفسخ من تلقاء نفسه واعتبر العقد منسوخاً بين الطرفين . ويترتب على هذا الاتفاق ما يأتي :

(١) لا حاجة للالتجاء للقضاء واذا اختلف الماقدان في عدم الوفاء وتخاصما فلا يجوز للقضاء المساس بقانون المتعاقدين بل يجب عليه اقرارهما على ما نصاً عليه في عقدهما اذا ثبت عدم الوفاء ، أى لا يجوز تقرير مهلة للوفاء . وقد قرر الشارع المصري هذه القاعدة في حالة البيع (المواد ٣٣٣ / ١٤٠ مدني و ٣٣٤ / ١٦٠ مدني) ويجب الأخذ بها باعتبارها قاعدة عامة لا تتعارض مع النظام العام .

ولكن يجب ملاحظة ان الفسخ لا يقضى به لمجرد عدم الوفاء اذ قد يجوز ان يكون في مصلحة الدائن ألا يطالب بالفسخ بل يطالب خصمه بالوفاء بنفس ما التزم به . ولذا لا يقصر هنا على الخضوع للفسخ قطع باعتباره انه مشروط في

(١) ٣١٥٤١٠٩٠٤٠٣ - س. ١٠٩٠٨ - ١٠٩٠٩ - ٢٢١ - انظر مقال بلانول د ٢٥٧ ، ١٠٩٧ -
كولين وكابان ج ٢ ص ٣٤٨ (٢) acte extrajudiciaire (٣) استئناف ٣١ مايو
سنة ١٩١٤ م ت ق ٢٦ ، ٤٠٤ - ورجع هذا الحكم الى جودرى المطول ج ١٢ وهو جزء البيع
ص ٩٢٨ و ص ١١٣ - انظر ايضاً الجدول المشرى table décennale ج ١ ص ٢٢٣ ن ٢٢٣٨

في العقد ، بل يجوز للدائن حق المطالبة بتنفيذ الالتزام الاصلى ، أى ان له حق الاختيار بين الفسخ أو المطالبة بالوفاء بالالتزام الاصلى . لان الفسخ تقرر بالعقد لمصلحته فلا يصح ان يتقلب ضده . وعلى ذلك يجب على الدائن فيما اذا اراد الوفاء له باصل الالتزام ان ينظر خصمه بذلك^(١)

(٢) يترتب على الفسخ زوال ما تقرر للمشتري من الحق العيني على المبيع . وعلى ذلك يجوز له نزع المبيع من يد المشتري من المشتري

الفسخ فى العقود ذات الطرف الواحد : رأينا ان الفسخ يكون عادة فى العقود التبادلية ولذلك قال بعض الشارحين بأنه غير جائز فى العقود ذات الطرف الواحد ولكن هذا غير صحيح . لانه ما دام ان الاصل فى الفسخ العدالة فيجوز المطالبة به فى أى عقد تبادليا كان أو ذا طرف واحد

في أثر القانون

على العقود ومفعوله فيها

في دائرة عمل القانون

٢٣٦ — يراد بدائرة عمل القانون معرفة : (١) الاشخاص والأموال التى ينفذ عليها القانون . (٢) الزمن الذى يعمل بالقانون فيه

فالاشخاص الذين يسرى عليهم القانون الاهلى هم المصريون وكان يجب ان يلحق بالمصريين الاجانب الذين ليس لهم حقوق مقررّة بالامتيازات ولكن المحاكم المختلطة تقضى بعكس ذلك

هذا وخروج الاجانب عن حكم القوانين الاهلية المصرية امر مخالف للاصل التشريعى المعروف فى العالم الاوربى والعالم الاميركى والذى يقضى بخضوع جميع القاطنين بالقطر من اهالى وأجانب الى القوانين التى تنفرد لسنّها الحكومة المختلطة . على ان الاجانب فى مصر خاضعون لتشريع مصرى أجنبى أى تشريع مختلط تشترك فيه السلطة

المصرية والسلطة التشريعية النابتة عن الاجانب وهي الجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف المختلطة (المادة ١٢ مدني مختلط المعدلة بقانون رقم ١٧ سنة ١٩١١) وفوق ذلك فان اللوائح الخاصة بإدارة البلاد بوجه عام وحفظ النظام العام بها سار عليهم عدا ما يتعلق بالعقوبة فانه لا بد فيها من قبول الجمعية العمومية المختلطة^(١)

٢٣٧ - وأما الاموال : فاما كان منها عقاراً فانه يخضع للقوانين العقارية المحلية وهذا هو ما قرره القانون العثماني الصادر في صفر سنة ١٢٦٧ هـ الذي يعتبر مفعوله سارياً في مصر مع سبق العمل بأصوله فيها قبل صدوره بتركيا ، عند ما قرر الاباحة للاجانب بتملك حقوق عينية عقارية باملاك الدولة العثمانية ، ولنقول أحكام خاصة أيضاً^(٢)

٢٣٨ - هذا فيما يتعلق بالمعاملات . وأما ما يتعلق بالاحوال الشخصية فان القاعدة المقررة عند الشعوب من الوجهة الدولية الخاصة أن الاهالي يتبعون قوانينهم الشخصية في أى بلد كانوا . وكذلك الاجانب يخضعون لقوانينهم الشخصية بالبلاد المقيمين بها الا اذا تعارضت هذه القوانين مع المصلحة العامة أو النظام العام وعلى كل حال فان كل ما تقدم يتعلق بالنظرية المعروفة بنظرية تنازع القوانين^(٣) وهي خاصة بمادة القانون الدولي الخاص^(٤)

وأما المسائل التي نعالجها هنا فهي ما يأتي : (١) اصدار واعلان القوانين - (٢) الأثر الرجعي للقانون - (٣) ابطال القانون والغاؤه

(١) اصدار القانون واعلانه

٢٣٩ - الاصدار^(٥) والاعلان^(٦) عملان مختلفان ولكنهما لازماني بالتتابع لسريان القانون على الافراد

(١) راجع كتابنا في مسؤولية الحكومة المصرية . وكتاب الدولي الخاص للدكتور ابو هيف بك بند ١٧٩ و ١٨٠ و ١٨١ و ١٩٩ وكذلك نيقة ٣٩٦ (٢) راجع في هذا الموضوع كتاب الدولي الخاص للدكتور ابو هيف بك بند ٣٨٨ بالنسبة للمعارات و ٣٨٩ بالنسبة لمنقولات (٣) conflits de lois (٤) dr. inter. privé . ويرجع فيها بمصر الى كتاب الاستاذ الدكتور ابو هيف بك في القانون الدولي الخاص في اوروبا وفي مصر ، وهو مقرر لسنة الرابعة في مدرسة الحقوق الملكية (٥) promulgation (٦) publication

والاصدار هو ما يقوم به الملك من الموافقة^(١) على القانون بعد اقرار البرلمان عليه (المادة ٢٥ من الدستور المصرى الصادر فى ١٩ ابريل سنة ١٩٢٣) . وعلى ذلك فهو عمل تشريعى^(٢) ولا تقف مهمة الملك عند التصديق على القانون بل هو يصدره ويجوز له رده للبرلمان لاعادة النظر فيه ، اذا لم يصادق عليه هو (أى الملك) فى مدى شهر (المادة ٣٤ من الدستور) وفى هذه المرة لا يعتبر القانون الجديد نافذاً الا بتوافر القيود المقررة بالمادة ٣٦ من الدستور . ويظهر ان المعنى من الموافقة^(٣) والاصدار^(٤) واحد لانهما متلازمان فلا تكون المصادقة الا حيث يكون الاصدار والعكس صحيح

وأما اعلان القانون على الافراد فهو عمل يأمر به الملك بنشر القانون فى الجريدة الرسمية ويعتبر الافراد عالمين به بعد نشره بثلاثين يوماً الا اذا زادت المدة أو قصت بنص صريح فى القانون^(٥) ولا يقبل من أحد اعتذاره بمجهله للقانون (المادة ٢ من لائحة ترتيب المحاكم الاهلية) .

وتاريخ القانون هو تاريخ مصادقة الملك عليه لانها هى الحلقة الاخيرة لسلسلة العملية التشريعية . ويحصل أن يعتبر تاريخه تاريخ نشره بالجرائد الرسمية وهذا قليل نادر .

والاعلان بطريق النشر بالجريدة الرسمية هو آخر ما استقر عليه التشريع الفرنسى بدكرى ٥ نوفمبر سنة ١٨٢٠ وهو ما نقله الشارع المصرى سنة ١٨٨٣ واعتمده فى الدستور سنة ١٩٢٣

فى الأثر اللارجى للقانون

١ - فى المصادر التشريعية للنظرية

٢٤٠ - يراد بالانترالجى^(٦) للقانون سريان مفعوله على الماضى وهو ما حظرته

(١) sanctionner (٢) والمادة ٢٤ من الدستور المصرى تقول : « السلطة التشريعية يتولاها الملك بلاشتراك مع مجلس الشيوخ والنواب » (٣) sanctionner (٤) promulguer (٥) المادة ٢٦ من الدستور . - انظر أيضاً المادة الاولى من لائحة ترتيب المحاكم الاهلية للصادرة فى ١٤ يونيو سنة ١٨٨٣ (٦) rétroactivité

القوانين المصرية قديماً وحديثاً . إذ قررت المادة ٤٠ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة سنة ١٧٧٥ ما يأتي : « لا تؤثر أحكام هذه القوانين على ماضى . إنما تتبع الأحكام المتعلقة بالرافعات وباختصاص المحاكم في فصل المنازعات الناشئة عن التهميدات السابقة على التاريخ المتقدم ذكره . » وقررت المادة ٣٨٠ تجارى مختلط : « مادون في هذا الباب لا تأثير له فيما سبق على نشر هذا القانون . » وقررت المادة ١٩ عقوبات ان العقوبة تكون على مقتضى القانون المعمول به وقت ارتكاب الجريمة الا اذا لغي ذلك القانون أو خفضت العقوبة بقانون جديد يصدر قبل الحكم النهائي » وقررت المادة ٣ من لائحة ترتيب المحاكم الاهلية سنة ١٨٨٣ ما يأتي : « لا تسرى أحكام القوانين والاوامر الا على الحوادث التي تقع من تاريخ العمل بمقتضاها ولا يكون لها تأثير على الوقائع السابقة عليها ما لم يكن منها عن ذلك بنص صريح فيها . » وجاء بالمادة ٥ عقوبات أعلى مثل ما جاء بنظيرتها المادة ١٩ مختلط ولم يرد للمادة ٢ مدنى مختلط والمادة ٣٨٠ تجارى مختلط نظير بالقانون الاهلى . ولكن وردت أخيراً بالدستور المصرى سنة ١٩٢٣ بالمادة ٢٧ اذ قررت ما يأتي : « لا تنجز أحكام القوانين الا على ما يقع من تاريخ نفاذها . ولا يترتب عليه اثر فيما وقع قبله . ما لم ينص على خلاف ذلك بنص خاص . »

وهذا تكرار للمادة ٣ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية وهى اللائحة التى تعتبر بمثابة دستور للقضاء والمحاكم .

وورد بالقانون الفرنسى نص واحد وهو المادة ٢ مدنى فرنسى التى نصت على ما يأتي « لا ينص القانون إلا للمستقبل وليس له أثر رجعى »^(١)

وهذه النصوص كلها تشمل مبدئين . أولهما ان القانون يسن للمستقبل فهو يسرى على ما يقع من الحوادث بعد العمل به . وثانيهما أن القانون لا يسن لاجل الحوادث السابقة عليه وهى التى وقعت قبل إصداره . وهذه القاعدة الأخيرة هى الخاصة بنظرية عدم سريان القانون على الماضى . مثال ذلك . كان القانون الأهلى الصادر

سنة ١٨٨٣ يقرر فى المادة ١٢٤ أن القوائد القانونية ^(١) تكون باعتبار ٧ ٪ فى المسائل المدنية و ٩ ٪ فى المسائل التجارية ولا تزيد عن ١٢ ٪ بالاتفاق بين المتعاقدين .
فجاء دكرينو ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٢ وجعل الأولى ٥ ٪ والثانية ٧ ٪ والثالثة ٩ ٪ ولا تحمل القوائد قديماً وحديثاً الا من تاريخ المطالبة الرسمية ^(٢) (قانون المادة ١١٥٣ فرنسى) أو اذا اتفق على استحقاقها دون هذا القيد . فلذا استدان مدين تحت نص القانون القديم ديناً مديناً بفائدة ٧ ٪ وطواب أمام القضاء بدفع الدين وفوائده ، وبمدمرور ثلاثة أشهر على الدعوى صدر القانون الجديد يجعل الفائدة ٥ ٪ . فلذا تكون الحال ؟
الجواب ان المدين يلتزم بدفع فوائده المبلغ عن ثلاثة أشهر بحسب ٧ ٪ . واذا فرض وكان قد سبق له دفعها فلا يجوز أن يستردها من الدائن لان هذه الفائدة تقررت للدائن بطريقة نهائية تحت سلطان القانون القديم . ولا بدفع بعد مضي هذه المدة فوائده الا بقدر ٥ ٪ طبقاً للقانون الجديد أى ان القانون الجديد فى الحالتين لا يسرى على ما تقدمه برغم كون العقد عمل فى زمن القانون القديم ، وذلك لان القوائد تستحق يوماً فيوماً ^(٣) وكذلك الحال أيضاً فيما اذا فرض وكان القانون الجديد يقضى بزيادة القوائد

هذه القاعدة الخاصة بمدم سريان القانون الجديد على الماضى قاعدة قررناها جميع الشرائع . وترجع للمشروعية فيها الى ثلاثة أسباب للمنطق والعدل والمصلحة الاقتصادية فمن المنطق : من المعقول أن الأمر لا يأمر عن شئ مضي وانتهى انما يأمر للمستقبل . لأن ما مضي وقع بأمر القانون الماضى كما أن الذى سيقع فى المستقبل سيخضع هو الآخر للقانون الجديد الامر . وعن العدل : فان من المضر بمصالح الافراد مصادرتهم فيما تم على أيديهم من الاعمال وهم سلبوا النية فيما يعملون . وعن المصلحة الاقتصادية : فانه لا يستقر الافراد فى معاملتهم الى الطائفة اذا شعروا بأن ما يعمرونه اليوم سينقضه القانون غداً . وربما يترتب عليه أن الحرص يؤدى بالقرود على أن لا يعمل . وفى ذلك ما فيه من الاضرار بالشئون القانونية ^(٤)

(٢) د ٢٠٩٠٢٠٣٤٠ -

(١) intérêt légal (٢) demande en justice

س ٢٠٩٠٣٠١٤٩٥ (٤) commerce juridique

فالمضى يجب أن يظل غير ممسوس وما تم فيه يجب عدم قضاؤه . لذا كان مفعول القانون الجديد عليه سلبيا اذا لا سلطان له عليه . وقد أخذ بهذه النظرية أيضا في المسائل النظامية السياسية عند تغيير السيادة العامة للبلاد بضمه الى بلد آخر فاذا حصل أحد الافراد على حكم في عهد السيادة الاولى نفذ في عهد السيادة الجديدة

في الآثر الرجعي على نتائج العقد الماضية والمستقبلية

٢٤١ - رأينا فيما ضربناه من المثل بشأن القوانين وصدور دكريتو ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٢ المعدل المادة ١٢٤ مدني . وقلنا إن الفوائد المدفوعة لا تسترد . ولكن لا يلزم المدين بدفع فوائد اكثر مما قرره الدكريتو أى لا يدفع الا ٥ ٪ و ٧ ٪ و ٩ ٪ بدلا من ٧ ٪ و ٩ ٪ و ١٢ ٪ . ولا تناقض بين القاعدتين لأن ما دفع واستحق طبقاً لشرط القانون وهو المطالبة الرسمية أصبح حقا مكتسبا^(١) لا شك فيه ، حيث أنه قد أنشئ وتكوّن واكتسب تحت سلطان القانون القديم . أما ما لم يستحق تحت سلطان القانون القديم فهو يتأثر حتماً بالقانون الجديد . فالقوائد التي لم تستحق - في حالة ما اذا مضى زمن على ميعاد دفع الدين ولكن لم تحصل مطالبة رسمية بالوفاء أو لم يكن مشروطاً بهذا الدين اعفاء الدين من هذا الشرط - هذه الفوائد وان كان مصدرها السند الحاصل تحت سلطان القديم الا أنها من النتائج المستقبلية للسند وهذه النتائج تتكيف بالتكيف القانوني الذي يقرره القانون الجديد فهي تخضع له : ذلك لأنها لا تستحق الا بعد المطالبة الرسمية الحاصلة طبقاً للقانون بعد ظهور القانون الجديد . والمطالبة الرسمية هو الوقت المؤذن بولادة الفوائد فهي تولد تحت سلطان القانون القديم لا الجديد

من ذلك يرى انه إذا كان للعقد نتائج ماضية ومستقبلية - باعتبار أن العقد صدر تحت سلطان القانون القديم ، خضعت الماضية للقانون القديم وأما المستقبلية فلها تخضع لقيود القانون الجديد لانه مفروض فيه انه أفضل مما سبقه وهذا لا يتعارض مطلقاً

مع نظرية الآثر الرجعى بقاعدتها الخاصتين بالماضى والمستقبل . وهو ماقررتة أخيراً محكمة النقض الفرنسية ^(١)

٢٤٢ - مما مر نرى أن الحق يكوّن تكويناً قانونياً كاملاً تحت سلطان القانون الماضى حتماً . وأما إذا لم يتكون تكويناً قانونياً صحيحاً فهو يفلت منه ويخضع لسلطان القانون الجديد . أو بعبارة أخرى يخضع للقانون القديم الحق المكتسب ^(٢) ولكن مجرد الأمل ^(٣) لا يخضع له بل للقانون الجديد . والفرقة بين الحق والأمل هى أداة التمييز ^(٤) التى يستعان بها فى معرفة مجال الأخذ بنظرية الآثر الرجعى وهى الاداة التى قال بها « بلوندو » ^(٥) سنة ١٨٠٤

٢٤٣ - ومع ذلك لوحظ على هذه الطريقة فى الفرقة بين الحق والأمل انها غير كافية وعلى غير أساس

هى غير كافية لانه قد يستحيل أحياناً الفرقة مع الدقة بين الحق والأمل لانه فى المثل الذى ضربناه بشأن الفوائد لا يتمشى القانون الجديد على ما سبقه بل على ما يلحقه . أى لا يتمشى على الماضى وعلى ماتم فى الماضى . وعلى ذلك يمكن الأخذ والرد على هذا المنوال دون الحاجة الى القول بلحق المكتسب . بل يكفى القول بالماضى وما تم فى الماضى . هذا وعلى العكس من ذلك فقد لوحظ ان قانوناً جديداً قد يفتات على ما يسمى بلحق المكتسب اذا صدر هذا القانون مطلقاً لالة اجتماعية خاصة ومع ذلك فهو لا يتعارض مع نظرية الآثر اللارجعى على الماضى . وهذه هى القوانين البطللة لحقوق الاشراف وذوى الاقطاعات والالزامات ^(٦) التى حظرت على حملة هذه الحقوق التمتع بهامع ما فى ذلك من الاتيات على الحقوق المكتسبة وهى القررة لهم باعتبارها داخلية فى اموالهم

واما كونها على غير اساس قانونى فانه لا يصح منطقياً — باعتبار ان القانون مظهر من مظاهر ارادة الفرد فى مجموعه — ان يكون للفرد حقوق مكتسبة ضد ارادته اذ لا توجد حقوق مكتسبة ضد القانون

(١) ٨١٠١٠٩١٧. د مقال كابتان Capitant (٢) droit acquis (٣) expec- tative أو (٤) espérance (٥) criterium (٦) Blondéau (٧) droits seigneuriaux et féodaux

٢٤٣. مكرر - لذا فكر بعض الشارحين في البحث على طريقة أخرى غير تلك الطريقة السابقة التي ميزت بين الحق والأمل . وهذه الطريقة الأخرى رجعوا في تقريرها الى رغبة الشارع نفسه والى أهل مشروعية نظرية الإترالارجي على الماضي . ذلك أنهم قرروا أن القانون الجديد يسرى على الوقائع والحالات المستقبلية وأنه إذا كان لا يسرى على الماضي فذلك يرجع لسبب معقول وهو أن الشارع لا يستطيع أن يتعارض مع نفسه فيما إذا أراد أن يقرر سريان قانونه الجديد على الماضي بينما يكون قد خضع الناس له في قانونه القديم . ويرجع أيضاً للمدالة والمصلحة العامة أو الفائدة الاجتماعية لأن الشارع لا يمكن أن يكون قد أراد الساس بما قرره الأفراد فيما بينهم من الحقوق وما رتبوه عليه في تعاملهم بعضهم مع بعض تحت سلطان القانون القديم . ومن هنا تقرر اتقاعدة الآتية التي يجب الأخذ بها فيما يتعلق بالنتائج المستقبلية للأمر والحالات القانونية السابقة على القانون الجديد ، وفيما يتعلق أيضاً بالاستثناءات الواردة عليها . هذه القاعدة هي : إن النتائج المستقبلية لأي عمل قانوني يجب أن تخضع للقانون الجديد ، مادام أن هذا القانون لم يقرر أحكامه إلا للمستقبل إذ الماضي وحده هو الذي يخضع للقانون القديم .

فإذا صدر قانون معديلاً للأصول والأحكام المقررة في التقادم أي اكتساب الحقوق بمضي المدة وقرر جمل بدء المدة متأخراً عن ذي قبل وجب الأخذ بالقانون الجديد بالنسبة للتقادم القائم وقت صدوره^(١)

٢٤٤ — تلك هي القاعدة ولها استثناءات على نوعين :

(١) إذا تم العقد تحت سلطان قانون قديم وجب اعتباره خاضعاً لسلطان هذا القانون. فإذا صدر قانون جديد مخالفاً للقانون القديم فلا يجوز في الأصل المساس بالحق المقرر للعقد بمقتضى القانون القديم وعلى الأخص فيما يتعلق بالأسباب الخاصة بالانقضاء أو الفسخ الواردة بالقانون الجديد. ولقد سبق لمحكمة النقض الفرنسية أن قررت هذا المبدأ في قضية هامة: (٢) ذلك أن بلدية باريس تنازلت في سنة ١٨١٩ بمقتضى تحديد

1. 9. 2. 3 (2) 230' 1' 9. 7. 3 — 113. 1. 9. 0' 3 (1)

Wahl ۱۰۵ — ص ۹۰۲، ۱، ۵۱۳ ومقال « فاهل Wahl

في سنة ١٨٤٧ الى جماعة « فرير » للمدارس المسيحية عن الانتفاع بمقار مقابل مايمود على البلدية من المنافع التي تجنيها من وجود المعهد العلمي الخاص بنشر التعليم العام . ولا يلزم جماعة « الفرير » بدفع ايجار عن هذا العقار طالما أن المعهد العلمي قائم يؤدي عمله في مكانه . وصدر بعد ذلك قانون سنة ١٨٨٦ وهو الخاص بالتعليم العام وقرر الحظر بطريقة ضمنية على المديرية المستقلة في ادارتها الداخلية في أن تمد المدارس الحرة بأى اعانة بطريقة مباشرة أو غير مباشرة . وعند صدوره قامت بلدية باريس ورفضت دعوى على جماعة « الفرير » وطلبت فيها فسخ العقد المبرم بينهما سنة ١٨١٩ و١٨٤٧ . وحكمت محكمة استئناف باريس بالفسخ . ثم جاء النقض وألغى الحكم وقرر المبدأ الذي أشرنا اليه .

(٢) الاستثناء الثاني للقاعدة المتقدمة : سبق انذرينا أن القوانين الخاصة تنقسم الى قسمين : قوانين أمرة وقوانين مقرررة أو مكللة . وقلنا إن القوانين المقررة هي التي يقرها الشارع باعتبارها هي التي أراد المتعاقدان الرجوع اليها عند عدم النص على خلافها في العقد اعمالا أو عمداً . وأغلب هذه النصوص وردت في نظرية الالتزامات باعتبارها مجموعة الاصول القانونية للتعاقد بوجه عام . فاذا فرض وصدر قانون جديد معدلا لهذه النصوص المقررة فهل يسرى على العقود الحاصلة في عهد القانون القديم بينما المفروض أن نصوص ذلك القانون القديم هي التي أراد المتعاقدون الرجوع اليها وقت تعاقدهم احتمالاً ؟ ليس للقانون الجديد أى أثر ماعلى هذا الماضي المعبر عن ارادة المتعاقدين

ومن هنا يمكن تقرير القاعدة الاصولية الهامة الآتية : وهي بطل القانون القديم حارياً على النتائج المستقبلية للعقود الحاصلة في عهده وذلك فيما اذا كان القانون القديم والقانون الجديد من طائفة القوانين المقررة وهي القوانين التي تعتبر بأنها ترجحان للارادة الحرة والمستقلة للمتعاقدين

ولهذه القاعدة أثر أيضاً فيما يتعلق بالاحوال النظامية السياسية مثل حالة ضم
 إلى آخر

وأما القوانين الآمرة فلا سبيل فيها الى الأخذ بعكس ما تقرره اذ لا بد من سريتها على النتائج المستقبلية للمعد . وهذه القاعدة الاخيرة ترجع للاسباب التى ذكرناها بشأن مشروعية الاثر اللارجى على الماضى من حيث الوجهة المنطقية والوجهة الاقتصادية .

٢٤٥ — وقاعدة الاثر اللارجى يقررها الشارع للقاضى لا لنفسه لان الشارع يملك بمقتضى سلطته الواسعة حق عدم الأخذ بها كما نصت بذلك المواد التى سبقت الاشارة اليها فى صدر هذا الموضوع . وفى الغالب يقرر الشارع سريان القانون على الماضى كلما وجد فى ذلك مصلحة للجماعات من الوجهة النظامية والاقتصادية كما فعل الشارع افرنسى بشأن الشركات وما حلفها من الخطر المحدق بكبار الممولين والاخلاق العامة .

٢٤٦ — هذا ولما قامت الحرب واختل فيها ميزان الحقوق بين الافراد ؛ وظهرت للعقود نتائج غريبة لم تكن بالحسبان ولم تدر بأخلاق المتعاقدين وقت التعاقد ، رأى الشارع التدخل فى الامر حتى يخفف بقدر ما يمكن من خلال التوازن هذا . فأصدر الشارع المصرى قانوناً بتقييد أجور الأمكنة فى ٢١ فبراير سنة ١٩٢١ رقم ٤ وقانون تخفيض ايجار الاراضى الزراعية فى أول مايو سنة ١٩٢١ رقم ١٤ وكان الغرض من هذين القانونين اجتناب النتائج القانونية المخارقة للمادة على خلاف أحكام نظرية الاثر اللارجى على الماضى حفظاً للنظام العام والمصلحة العامة . وصدر بفرنسا قانون ٢١ يناير سنة ١٩١٨ وهو الخاص بالعقود التجارية المختلفة والعقود المتعلقة بالتمهيد بتوريد بضائع وأباح جواز رفع دعوى أمام القضاء يطلب فيها التمهيد فسخ العقد اذا ثبت أن تنفيذ تمهده يعود عليه باضرار جسيمة جداً تزيد كثيراً عما كان يحتمله العقد وما كان يمكن أن يدور بخلد المتعاقدين وقت التعاقد ، حتى ولو كان الدائن قد صدر لمصلحته حكم حائزاً لقوة الشيء المحكوم فيه

نظريه الاثر اللارجى وقانون المرافعات

٢٤٧ — تقضى البداة أن القوانين الخاصة بالنظام العام ونظام المحاكم هى قوانين رجعية

الآثر . ولا حاجة الى النص على ذلك في القانون . وقد فصل ذلك القانون الفرنسي . ولكن خالفه فيه القانون المصري اذ قرر القاعدة هذه مع أنها مستفادة بالبدهة فاذا صدر قانون منبراً للاختصاص المحلي أو الشخصي أو للمادى أصبح أثره راجعاً على الالتزامات السابقة على صدوره^(١)

ويجب التمييز بين قوانين المرافعات وقوانين الاختصاص وقوانين الاثبات ، فيما يتعلق بقوانين المرافعات يراعى مايتأتى

- ١ / اذا صدر قانون جديد ولم ترفع الدعوى وجب اتباعه
 - ٢ / اذا رفعت الدعوى وصدر قانون جديد وجب الأخذ بالجديد الا اذا مس حقاً مكتسباً (أمر عال بإنشاء وزارة الأوقاف في ٢٠ مايو سنة ١٩١٢)
 - ٣ / المواعيد الجديدة لا تسرى على الاحكام التى سبق صدورها
 - ٤ / فيما يتعلق بالاستئناف يجب الأخذ بالقانون المعمول به وقت صدور الحكم لا القانون الذى كان معروفا وقت رفع الدعوى . فاذا صدر قانون يحظر الاستئناف فلا يستأنف الحكم (قانون تعدل اختصاص القاضى الجزئى وجعله نهائياً في ٢٠ جنيها بدلا من ١٠ جنبيات فى المسائل العينية تاريخه ٢٧ ابريل سنة ١٩١٤ رقم ٣)
- وفما يتعلق بقوانين الاختصاص يراعى مايتأتى

١ / اذا صدر قانون جديد وغير الاختصاص وجب الأخذ به فيما اذا لم ترفع الدعوى وأما اذا رفعت فتبقى الدعوى أمام محكمة الأولى التى رفعت اليها ، حتى ولو تغيرت جنسية الخصوم أيضاً

٢ / القانون الجديد الذى يوسع من نظام الاختصاص أو يقيد لا يسرى الاعلى . القضايا التى لم ترفع بعد

٣ / القانون الذى ينشئ محاكم جديدة لا ينفذ الا على ما لم يرفع للمحاكم . وفيما يتعلق بقوانين الاثبات يجب ملاحظة مايتأتى :

١ / ما يتعلق باثبات الحق في ذاته فلا يكون للقانون أثر رجعي فيه واما ما يتعلق بطارق الاثبات أى بالمرافعات فله هذا الأثر الرجعي فيه^(٢) ولكن ما القول بشأن النصوص

(١) ١٧٠٢ ، ٩٠٤ ، ٥ ، ومقال تالير Thaller (٢) راجع فى استناد قوانين المرافعات كتاب المرافعات للدكتور ابو هيف بك بند ٦٢٥ - ٦٣٠ ومرافعات الدكتور عبد الفتاح بك السيد ص ١١٧ وما بعدها

القانونية في المرافعات الخاصة بالوسائل المقررة للدائن على أموال مدينه المحافظة على دينه فهل هي من طائفة قوانين المرافعات التي يسرى عليها القانون الجديد أو هي ليست منه فلا يسرى عليها هذا القانون الجديد وثيق خاصة لنظام القانون القديم ؟ القول الملقى به أنها من قوانين المرافعات ^(١)

٢٤٨- في القوانين التفسيرية ونظرية الآثر الرجعي على الماضي : يراد

بالقانون التفسيري ^(٢) القانون الذي يصدره الشارع وهو يرمى به الى توضيح المعنى المقصود من قانون سابق اذا شاب المعنى شك أو غموض أو خلاف في فهمه . وبما أن القانون المفسر هو جزء متمم للقانون السابق كان يلزم على ذلك أن يخرج عن منطقة نظرية الآثر الرجعي . ولكن مع ذلك يجب اعتباره في عداد القوانين الخاضعة لها للأسباب الآتية

أولا . يحصل ان الشارع نفسه يستخدم القانون الجديد وينعته بأنه مفسر لقانون سابق وسيلة في التحايل على جعله نافذ المفعول على ما تقدمه من الوقائع القانونية مع انه في الواقع قانون جديد

على انه يفرض أن القانون المفسر هو في الحقيقة والواقع قانون تفسيري لقانون سابق . فما لا شك فيه انه لا بد أن يكون لهذا القانون التفسيري أثر رجعي على الوقائع القانونية التي تمت في عهد القانون السابق وهو مشوب بالشك والغموض والخلاف لانه يفسر نفس هذه الوقائع التي تمت . وفي تفسيره لها حكم منه عليها بينما هي قد تمت وسبق فيها السيف العذل . وعلى ذلك فالقانون المفسر له أثر رجعي حتى على الماضي ^(٣) وبحكم عليه بما يراه القانون السابق ، أي انه ينظر في تفسيره الى الماضي . ولبداهة هذا المبدأ لم ير الشارع الفرنسي ادراجه بالمادة ٢ مدني بعد ان كان مدرجا بمشروع القانون

ولما كان لأثر الرجعي للقانون التفسيري شأن مزعج على حقوق الافراد

(١) د ١٠٩٠٢ ، ٢٥٧ وتعلق « Appleton » وراجع كتاب التنفيذ للدكتور

ابو هيف بك في استناد قوانين التنفيذ بند ٢٦١-٢٦٥ مرافعات عبد الفتاح بك السيد ص ١٢٥٩

(٢) loi interprétative (٣) rétroactif

وما استقروا عليه تحت سلطان القانون السابق يرى الشارع في كل حالة تفسيرية ضرورة معالجة هذا الاضطراب بنصوص وقنية محافظة على الحقوق المهددة بفعل الشارع وبفعل الشارع هذا الأمر عند ما يصدر قانوناً ويخشى من آثاره الرجعية أن تضرب بحقوق مقررة قبل صدوره . كما فعل في مثل هذه الأخيرة عند ما أصدر قانون الحجز على الاملاك الزراعية الصغيرة وهو قانون أول مارس سنة ١٩١٣ رقم ٤ اذ قرر ضرورة ثبوت تاريخ السند قبل العمل بالقانون . ثم جعل سريانه بعد ثلاثين يوماً من نشره الحاصل في ١٠ مارس ^(١)

(٣) في الفناء القوانين وابطالها

٢٤٩ - يراد بالفناء القانون ^(٢) أو ابطاله ^(٣) محوه من مجموعة القوانين وتمطيل أثره الاثري على الافراد

والابطال على نوعين : ابطال صريح وابطال ضمني

فالابطال الصريح هو ماورد به نص قاطع فيه، والابطال الضمني هو ما لم يرد به نص قاطع ولكنه يفهم من تناقض ^(٤) أو تعارض ^(٥) القانون القديم مع القانون الجديد ، لانه عند التعارض أو التناقض لا يستقيم وجود القديم مع الجديد بل لا بد من زوال القديم اذ جاء الجديد وعمل على محوه . وعلى ذلك يقول بعض الشارحين بأنه لا محل لوضع نص على حدة في آخر القانون يقضى بعدم العمل بما سبقه لأن ذلك مفهوم بالبداية من تعارض القانونين وتناقض بعضهما بعضاً

٢٥٠ - وفيما يتعلق بابطال القانون يجب مراعاة مستلطين : ابطال القانون بحكم المادات للمعارضة له . وابطال القانون بنص الزمن

(١) ملاحظة هامة على قوة المبادئ التي تقرها الدوائر المجتمعة في محكمة الاستئناف الاهلية المختلطة : هذه المبادئ تعتبر تفسيرية لقانون ولتلك يعتبر الرأي الذي حكمت به الدوائر المجتمعة أن التفسير الوحيد لقانون في الازمان يسرى على الحوادث السابقة على صدوره ولا عبرة بما كان سائداً من الرأي من قبل بمقتضى الاحكام المخالفة له. انظر حكم محكمة الاستئناف المختلطة في ١٢ مارس سنة ١٩١٨ جلزت ٨ ص ٧٨ ن ١٨٩

suppression (٢)

abrogation (٣)

incompatibilité (٥) contrariété (٤)

(١) ابطال القانون بحكم العادات المعارضة له . سبق لنا أن رأينا أن العادة لا تعتبر في ذاتها مصدراً للقانون المعمول به^(١) في الجماعة الحاضرة . وكل ما يمكن أن يكون لها من الأثر أن تعدل من معنى القانون بحسب ما يعتاد الناس عليه ، لا أن تطله بتاتا

(٢) 'إبطال' القانون بفعل 'الزمن'. القانون لا يسقط مفعوله بمضى الزمن . بل كلما مضى عليه الزمن وهو معمول به كلما ازداد نشاطاً في مجال العمل . ولكن محل التساؤل فيما إذا مضى عليه زمن ولم يعمل به، هل يسقط بالتترك^(٢) ولعدم العمل به؟^(٣) الامر في ذلك يرجع للسلطة الحاكمة وما هي عليه من النفوذ والسلطة في الحكم . فإذا كانت قوية استطاعت تنفيذ أي قانون قديم أو عتيق في حالة عسكرة خاصة^(٤)

٢٥١ - على أنه إذا صح القول بأن القانون لا يسقط بعدم الاستعمال فإنه يجب من طريق آخر عدم اطلاق الحكم لهذه القاعدة . ذلك لأنه إذا وضع قانون لحالة خاصة قد أحكمت الرابطة بينها فإنه يزول مفعول القانون بزوال الحالة . ويضرب الشارحون الفرنسيون مثلاً بلوا ١٢٦٥ و ١٢٧٠ مدني الخاصتين بجواز اتفاق اللذين مع دائيته دلي التنازل لهم عن أملاكه^(١) عند اعساره في دفع ديونه لهم.

non-usage (٣) tomber en déshérence (٢) Droit positif (١)

(٤) ١٩٠١، ١٩٠٢، ١٩٠٣، ١٩٠٤، ١٩٠٥، ١٩٠٦، ١٩٠٧، ١٩٠٨، ١٩٠٩، ١٩١٠، ١٩١١، ١٩١٢، ١٩١٣، ١٩١٤، ١٩١٥، ١٩١٦، ١٩١٧، ١٩١٨، ١٩١٩، ١٩٢٠، ١٩٢١، ١٩٢٢، ١٩٢٣، ١٩٢٤، ١٩٢٥، ١٩٢٦، ١٩٢٧، ١٩٢٨، ١٩٢٩، ١٩٣٠، ١٩٣١، ١٩٣٢، ١٩٣٣، ١٩٣٤، ١٩٣٥، ١٩٣٦، ١٩٣٧، ١٩٣٨، ١٩٣٩، ١٩٤٠، ١٩٤١، ١٩٤٢، ١٩٤٣، ١٩٤٤، ١٩٤٥، ١٩٤٦، ١٩٤٧، ١٩٤٨، ١٩٤٩، ١٩٥٠، ١٩٥١، ١٩٥٢، ١٩٥٣، ١٩٥٤، ١٩٥٥، ١٩٥٦، ١٩٥٧، ١٩٥٨، ١٩٥٩، ١٩٦٠، ١٩٦١، ١٩٦٢، ١٩٦٣، ١٩٦٤، ١٩٦٥، ١٩٦٦، ١٩٦٧، ١٩٦٨، ١٩٦٩، ١٩٧٠، ١٩٧١، ١٩٧٢، ١٩٧٣، ١٩٧٤، ١٩٧٥، ١٩٧٦، ١٩٧٧، ١٩٧٨، ١٩٧٩، ١٩٨٠، ١٩٨١، ١٩٨٢، ١٩٨٣، ١٩٨٤، ١٩٨٥، ١٩٨٦، ١٩٨٧، ١٩٨٨، ١٩٨٩، ١٩٩٠، ١٩٩١، ١٩٩٢، ١٩٩٣، ١٩٩٤، ١٩٩٥، ١٩٩٦، ١٩٩٧، ١٩٩٨، ١٩٩٩، ٢٠٠٠، ٢٠٠١، ٢٠٠٢، ٢٠٠٣، ٢٠٠٤، ٢٠٠٥، ٢٠٠٦، ٢٠٠٧، ٢٠٠٨، ٢٠٠٩، ٢٠١٠، ٢٠١١، ٢٠١٢، ٢٠١٣، ٢٠١٤، ٢٠١٥، ٢٠١٦، ٢٠١٧، ٢٠١٨، ٢٠١٩، ٢٠٢٠، ٢٠٢١، ٢٠٢٢، ٢٠٢٣، ٢٠٢٤، ٢٠٢٥، ٢٠٢٦، ٢٠٢٧، ٢٠٢٨، ٢٠٢٩، ٢٠٣٠، ٢٠٣١، ٢٠٣٢، ٢٠٣٣، ٢٠٣٤، ٢٠٣٥، ٢٠٣٦، ٢٠٣٧، ٢٠٣٨، ٢٠٣٩، ٢٠٤٠، ٢٠٤١، ٢٠٤٢، ٢٠٤٣، ٢٠٤٤، ٢٠٤٥، ٢٠٤٦، ٢٠٤٧، ٢٠٤٨، ٢٠٤٩، ٢٠٥٠، ٢٠٥١، ٢٠٥٢، ٢٠٥٣، ٢٠٥٤، ٢٠٥٥، ٢٠٥٦، ٢٠٥٧، ٢٠٥٨، ٢٠٥٩، ٢٠٦٠، ٢٠٦١، ٢٠٦٢، ٢٠٦٣، ٢٠٦٤، ٢٠٦٥، ٢٠٦٦، ٢٠٦٧، ٢٠٦٨، ٢٠٦٩، ٢٠٧٠، ٢٠٧١، ٢٠٧٢، ٢٠٧٣، ٢٠٧٤، ٢٠٧٥، ٢٠٧٦، ٢٠٧٧، ٢٠٧٨، ٢٠٧٩، ٢٠٨٠، ٢٠٨١، ٢٠٨٢، ٢٠٨٣، ٢٠٨٤، ٢٠٨٥، ٢٠٨٦، ٢٠٨٧، ٢٠٨٨، ٢٠٨٩، ٢٠٩٠، ٢٠٩١، ٢٠٩٢، ٢٠٩٣، ٢٠٩٤، ٢٠٩٥، ٢٠٩٦، ٢٠٩٧، ٢٠٩٨، ٢٠٩٩، ٢١٠٠، ٢١٠١، ٢١٠٢، ٢١٠٣، ٢١٠٤، ٢١٠٥، ٢١٠٦، ٢١٠٧، ٢١٠٨، ٢١٠٩، ٢١١٠، ٢١١١، ٢١١٢، ٢١١٣، ٢١١٤، ٢١١٥، ٢١١٦، ٢١١٧، ٢١١٨، ٢١١٩، ٢١٢٠، ٢١٢١، ٢١٢٢، ٢١٢٣، ٢١٢٤، ٢١٢٥، ٢١٢٦، ٢١٢٧، ٢١٢٨، ٢١٢٩، ٢١٣٠، ٢١٣١، ٢١٣٢، ٢١٣٣، ٢١٣٤، ٢١٣٥، ٢١٣٦، ٢١٣٧، ٢١٣٨، ٢١٣٩، ٢١٤٠، ٢١٤١، ٢١٤٢، ٢١٤٣، ٢١٤٤، ٢١٤٥، ٢١٤٦، ٢١٤٧، ٢١٤٨، ٢١٤٩، ٢١٥٠، ٢١٥١، ٢١٥٢، ٢١٥٣، ٢١٥٤، ٢١٥٥، ٢١٥٦، ٢١٥٧، ٢١٥٨، ٢١٥٩، ٢١٦٠، ٢١٦١، ٢١٦٢، ٢١٦٣، ٢١٦٤، ٢١٦٥، ٢١٦٦، ٢١٦٧، ٢١٦٨، ٢١٦٩، ٢١٧٠، ٢١٧١، ٢١٧٢، ٢١٧٣، ٢١٧٤، ٢١٧٥، ٢١٧٦، ٢١٧٧، ٢١٧٨، ٢١٧٩، ٢١٨٠، ٢١٨١، ٢١٨٢، ٢١٨٣، ٢١٨٤، ٢١٨٥، ٢١٨٦، ٢١٨٧، ٢١٨٨، ٢١٨٩، ٢١٩٠، ٢١٩١، ٢١٩٢، ٢١٩٣، ٢١٩٤، ٢١٩٥، ٢١٩٦، ٢١٩٧، ٢١٩٨، ٢١٩٩، ٢٢٠٠، ٢٢٠١، ٢٢٠٢، ٢٢٠٣، ٢٢٠٤، ٢٢٠٥، ٢٢٠٦، ٢٢٠٧، ٢٢٠٨، ٢٢٠٩، ٢٢١٠، ٢٢١١، ٢٢١٢، ٢٢١٣، ٢٢١٤، ٢٢١٥، ٢٢١٦، ٢٢١٧، ٢٢١٨، ٢٢١٩، ٢٢٢٠، ٢٢٢١، ٢٢٢٢، ٢٢٢٣، ٢٢٢٤، ٢٢٢٥، ٢٢٢٦، ٢٢٢٧، ٢٢٢٨، ٢٢٢٩، ٢٢٣٠، ٢٢٣١، ٢٢٣٢، ٢٢٣٣، ٢٢٣٤، ٢٢٣٥، ٢٢٣٦، ٢٢٣٧، ٢٢٣٨، ٢٢٣٩، ٢٢٤٠، ٢٢٤١، ٢٢٤٢، ٢٢٤٣، ٢٢٤٤، ٢٢٤٥، ٢٢٤٦، ٢٢٤٧، ٢٢٤٨، ٢٢٤٩، ٢٢٥٠، ٢٢٥١، ٢٢٥٢، ٢٢٥٣، ٢٢٥٤، ٢٢٥٥، ٢٢٥٦، ٢٢٥٧، ٢٢٥٨، ٢٢٥٩، ٢٢٦٠، ٢٢٦١، ٢٢٦٢، ٢٢٦٣، ٢٢٦٤، ٢٢٦٥، ٢٢٦٦، ٢٢٦٧، ٢٢٦٨، ٢٢٦٩، ٢٢٧٠، ٢٢٧١، ٢٢٧٢، ٢٢٧٣، ٢٢٧٤، ٢٢٧٥، ٢٢٧٦، ٢٢٧٧، ٢٢٧٨، ٢٢٧٩، ٢٢٨٠، ٢٢٨١، ٢٢٨٢، ٢٢٨٣، ٢٢٨٤، ٢٢٨٥، ٢٢٨٦، ٢٢٨٧، ٢٢٨٨، ٢٢٨٩، ٢٢٩٠، ٢٢٩١، ٢٢٩٢، ٢٢٩٣، ٢٢٩٤، ٢٢٩٥، ٢٢٩٦، ٢٢٩٧، ٢٢٩٨، ٢٢٩٩، ٢٣٠٠، ٢٣٠١، ٢٣٠٢، ٢٣٠٣، ٢٣٠٤، ٢٣٠٥، ٢٣

وقد بطل العمل بهذه اللواد من تاريخ ٢٢ يوليو سنة ١٨٦٧ وهو تاريخ ابطال الاكراه البدني^(١) في المسائل المدنية . لأنه من المتفق عليه أن هذه اللواد شرعت تطبيقاً من شدة الاكراه البدني . أما وقد أُلغى فلا محل للعمل بها لأن ذلك نتيجة طبيعية ومعقولة . ويقول الشارحون الفرنسيون أيضاً بأن ذكره في ٢٧ مارس ١٨٥٢ الذي قرر تسمية القانون الفرنسي بقانون نابليون^(٢) لم يُلغ أيضاً بنص صريح . ولكنه أُلغى ضمناً في سنة ١٨٧٠ لأنه لم يصدر في ذلك الوقت الا ليكون ملتئماً مع الروح النظامية الامبراطورية التي قررها دستور سنة ١٨٥٢

٢٥٢ - وإذا كان للظروف الاجتماعية التي من أجلها صدر القانون شأن يذكر في مشروعيتها فلا شأن أكبر من ذلك الشأن فيما يتعلق بلوائح البوليس^(٣) فإنه اذا زالت أسباب مشروعيتها زالت هي أيضاً . لأن لوائح البوليس هي عادة مجموعة احتياطات ادارية تقرر في حالات خاصة لا تتصل بصفة ما بأى مبدأ قانوني . لذلك يمكن القول بأنها وقتية تزول بزوال أسبابها . وقد ذكر في ذلك بودان^(٤) في مقدمة كتابه المرسوم^(٥) الصادر في سنة ١٦٣٤ بمنع شرب الدخان فوق ظهر البواخر ومن خالف ذلك يعاقب بالجلد^(٦) وبوضعه في أسفل العنبر ولم يصدر قانون أو أى أمر آخر ملغياً لهذا الامر لاتصريحاً ولا تليحاً . وعلى ذلك فهل يمكن أن يقال الآن بأنه لا زال يمكن العمل به ؟ طبعاً لا

في النظرية العامة لبطلان العقود

كلمة عامة

٢٥٣ - يراد بالبطلان^(٧) زوال الاثر القانوني للعمل القانوني أى لاي اتفاق أو عقد من العقود . وزوال الاثر القانوني بسبب عيب يشوب العقد . وتختلف قوة الاثر القانوني للعقد بقوة العيب اللاصق به لذا لا يخرج العقود في آثارها القانونية عما اتصل بها وقت تكوينها قوة وضعاً . وبطلان العقود على هذا الاعتبار من حيث زوال آثارها القانونية وارتباطها بالعيوب التي شابتها وقت تكوينها لا يخرج عن ثلاث أحوال:

réglements de police (٣) Code Napoléon (٢) contrainte par corps (١)
nullité (٧) battu (٦) ordonnance (٥) Beudant (٤)

(١) اما ان يكون ركناً أساسياً للمقد^(١) لم يتوافر وجوده وقت انشاء المقد. مثلاً حصل مشروع بيع ولكن لم يتم البيع بعد ذلك لعدم حصول رضاه به من قبل الماقدين. أو حصل بيع دون دفع الثمن او دون الاتفاق على محل العقد أى المبيع نفسه. فى هذه الحالة ليس للمقد أثر قانونى ما. وقال الفقه فى ذلك بأن العقد لا يوجد بالمرّة من الوجهة القانونية وقالوا عنه بأنه معدوم^(٢) أى فى حكم المعدم

(٢) واما ان المقد لم يراع فيه القيد القانونى^(٣) الذى قرره القانون لصحة العقد. كما اذا وقعت المخالفة فيما يحس النظام العام أو العوائد الحسنة أى الاخلاق. أو ان العقد لم يلاحظ شرط الرسمية والقيود الشكلية الخاصة^(٤) وقت انعقاده. فى هذه الحالة يقال عن المقد انه مشوب بالبطلان المطلق^(٥)

(٣) واما ان يكون قد شاب الافصاح عن الارادة وقت انعقاد شائبة من الشوائب للمروفة بعيوب الرضاء وهى الصغر أو عدم الاهلية والغلط والتدليس وفى هذه الحالة عمل القانون على حماية المحنى عليه نفسه بان أباح له حق رفع دعوى امام القضاء بطلب بطلان المقد^(٦) ويقال للمقد هنا انه قابل للبطلان^(٧) أو انه موصوف بالقابلية للبطلان^(٨) أو البطلان النسبى^(٩)

من هذه الامثلة الثلاثة يتبين ان البطلان على ثلاثة انواع اما عدم وجوده، واما بطلان مطلق، واما بطلان نسبى

ولقد حمل القانون المصرى، كما فعل مصدره القانون الفرنسى، كلمة البطلان على معان ثلاثة دون أن يعين بدقة الكلمة التى تدل على المعنى المقصود. وترتب على ذلك أخذ ورد بين رجال الفقه الفرنسى وانتهى بهم الامر أن اتفقوا على النتائج القانونية للبطلان مع تنوع اشكاله بعد ان افاضوا فى استخدام الوسيلة المعروفة فى المنطق بوسيلة الاستنباط^(١٠) وهانحن أو لاء نلتى بما اتفقوا عليه مع بيان اوجه الخلف من الوجهة النظرية البحتة لا من الوجهة العملية. ونرى من اللازم بيان مصادر هذه النظرية عند الرومان وما اتفق عليه علماء الفرنسيين قبل سن قانون نابليون سنة ١٨٠٤

(١) élément essentiel (٢) inexistant (٣) prescription légale (٤) solemnité (٥) nullité absolue (٦) annulation (٧) annulable (٨) an-
logique déductive (٩) nullité relative (١٠) nulabilité

بطلان العقود عند الرومان

٢٥٤ - قال الرومان بالتفرقة بين العقد الباطل من تلقاء نفسه وبقوة القانون^(١) والذي لا ينشأ عنه أى أثر قانونى ، وبين العقد القابل للبطلان^(٢) . على ان الرومان مع قولهم بالتفرقة المتقدمة قائمهم لم يعلقوا عليها نتيجة ما من جهة نفي الاثر القانونى بل جعلوا العدم والبطلان المطلق فى مستوى واحد

أما القابلة للبطلان أو البطلان النسبى قائمهم يقرره البريتور الابد أن قطع الرومان أشواطاً بعيدة فى سبيل المدنية بقرار البريتور البطلان النسبى فى أحوال خاصة . فإذا تبين له أن العقد المطلوب الحكم ببطلانه قد توافرت فيه الشروط القانونية المقررة فى القانون المدنى الموقوف على جماعة الرومان وحدهم^(٣) وأنه من المستحيل الحكم ببطلانه على هذا الاعتبار ، ولكنه من طريق آخر لمح أن هذا العقد مع صحته شكلاً قائمهم محجف بمال أحد العاقدين نظراً لشأبة عابت العقد كشأبة الاكراه مثلاً ، أو أن العقد صدر من القاصر الذى لم يبلغ الخامسة والعشرين فأضر به نظراً لانتهاز العاقد الآخر فرصة عدم المامه بشئون الحياة : ففى هذه الحالة لا يحكم القاضى ببطلان العقد بل يبيح للقاصر حق رفع دعوى برد الشئ كاملاً الى أصله^(٤) أى اعادته الى ما كان عليه وقت التعاقد . ويكون من نتائج الدعوى حينما يحو المقد المطمون فيه والقضاء عليه . ولكن يعتبر العقد قائماً و نافذ المفعول ، حتى يقرر اتماضى دعوى الرد للقاصر ، لان العقد صحيح فى نظر القانون المدنى الرومانى انما يظل مهدداً بالبطلان ما دام انه فى استطاعة القاصر حق طلب الاستفادة بدعوى الرد

٣) نظرية البطلان فى الوقت الحاضر

٢٥٥ - قام جمهور من مشترعى فرنسا قبل سنة ١٨٠٤ ومهدوا الطريق لوضع قانون نابليون فى تلك السنة . ومنهم دوما وپوتيه . وقد خلطوا بين أنواع البطلان

(١) de plein droit (٢) وعبروا عن الاول بقولهم أن ليس من أثر قانونى للعقد nullum est negotium وبقولهم أن لا اعتد بالكلية nihil actum est أو أنه باطل من الابتداء ab initio دون الحاجة الى حكم بالبطلان من القضاء : ويحصل ذلك اذا لم تتوافر فى المقد شروط تكوينه . كما اذا حصل بيع دون تعيين المبيع (٣) Droit civil (٤) resti-tution in integrum

ولكن تألهم بوهيه لم يقع في هذا الخلط بل شرح النظرية شرحاً وافياً لا غبار عليه ومن ثم يمكن القول بأن واضع القانون الفرنسي أخذواهم الآخرون بهذه التفرقة بين أنواع البطلان ، الأمر الذي دلت عليه الأعمال التحضيرية وبعض مواد القانون نفسها . فقالت المادة ١١١٧ مدني : « العقد المشوب بالغلط أو الإكراه أو التدليس لا يبرم باطلاً من تلقاء نفسه . بل يجوز فيه فقط رفع دعوى بإبطاله ^(١) » أو بفسخه ^(٢) » ويقابل هذه المادة الفرنسية المادة ١٣٣/١٩٣ مدني المصرية حيث قالت « لا يكون الرضاء صحيحاً ^(٣) إذا وقع عن غلط أو حصل بالإكراه أو تدليس . » والقانون الفرنسي أكثر وضوحاً وبياناً . وقررت المادة ١١٣١ مدني فرنسي بشأن السبب في العقود ما يأتي : « ليس للالتزام الخالي عن السبب أو المبني على سبب فاسد ^(٤) أو على سبب غير مشروع ^(٥) أي أثر ^(٦) » وتقابلها المادة ٩٤/١٤٨ مدني المصرية التي تقول . « يشترط لصحة التعهدات والعقود أن تكون مبنية على سبب صحيح جائز قانوناً » والاصل الفرنسي العبارة للمادة المصرية أجلى بياناً ^(٧) وتعبيره أسبق الى تأدية المعنى المقصود من الترجمة العربية ^(٨)

وإذا كان القانون الفرنسي قد أخذ بهذه التفرقة الثلاثية إلا أنه لم يأت على شتات النظرية وعلى بيان أركانها وقيدوها . وكان يرجع في موادها الى عبارات مبهمه غامضة لم يبين بها المراد بطريقة ظاهرة . وهكذا فعل القانون المصري كما بيناه

(١) action en nullité (٢) en rescision (٣) valable (٤) fausse cause (٥) cause illicite (٦) aucun effet (٧) حيث يقول (٨) وأنظر أيضاً طائفتين من المواد الفرنسية وهما الطائفة الأولى : المواد : ١٤٦ القائمة بأن لا زواج إذا لم يكن هناك رضاء ، و ١٣٣٩ القائمة بأنه « لا يجوز للواهب بأى عمل مؤيد للبهية بين الأحياء تصحيح عيوبها اذ متى كانت باطلة شكلاً فانه يجب عملها من جديد طبقاً للقانون » و ١٩٧٤ القائمة بأن « كل عقد يترتب معاش طول الحياة لشخص كان متوفياً وقت العقد لا ينتج أى أثر » . - والمادة ٧٧٠ مدني مصري اذ تقول : « تبطل الهبة » La donation est nulle بموت الواهب أو بفقد أهليته « صرف قبل قبول الموهوب له . » وهذه المواد قاطعة في أن الشارع أخذ بنظرية البطلان المطلق . - وما الطائفة الأخرى فهي : المادة ١١٠٩ ونصها « لا يعتبر الرضاء صحيحاً valable en point de consentement إذا حصل عن غلط أو إذا اغتصب بالإكراه أو من طريق الخديعة والتدليس . » وتقابلها المادة ١٣٣/١٩٣ مدني المصرية المتقدمة . - والمادة ١١٢٥ حيث قالت : « ليس لقاصر أو المحجور عليه أو المرأة المتزوجة حق الطعن في تعهداتهم بسبب عدم الأهلية في غير الأحوال المنصوص عليها بالقانون ... » والمادة ١٣٠٥ اذ نعمت على ما يأتي : « إن الذين lesion البيط يبيع لقاصر غير المحرر non émancipé حق طلب الفسخ rescision عن جميع العقود التي تتمدى حدود أهليته » وهذه الطائفة تشير الى قابلية البطلان

والفضل في تقرير هذه النظرية الثلاثية ونتائجها القانونية راجع الى الفقه الذي تأيد من بعض الوجوه بالقضاء

ومما تقدم نرى أن البطلان على ثلاثة أنواع بطلان مطلق، وبطلان نسبي، وبطلان معدوم للعقد بناتاً . ونرى من اللازم الآن بعد هذا البيان التاريخي وبعد هذه المقارنت أن نأتي بكلمة موجزة لكل نوع من الانواع الثلاثة المشار اليها وبيان أركانها وآثاره القانونية

٤ - في أنواع البطلان

٢٥٦ - قلنا إن البطلان ثلاثة أنواع مطلق ونسبي ومعدوم :

١ - في البطلان المطلق : اذا جاء العقد مخالفاً لنص يتعلق بالنظام العام كالرسمية في عقود الحبة وعقد الرهن التأميني والحلول بالرضاء في القانون المختلط أو الدفع ضد العقد بسبب غير مشروع أى مخالف للآداب العامة ، أصبح العقد في هذه الأحوال باطلاً من تلقاء نفسه وبمحكم القانون . ويسمى البطلان في هذه الحالة بطلاناً مطلقاً

٢٥٧ - وما هي اذمه سميريات^(١) البطلان المطلق : يقول أغلب المفسرين بأن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً لا ينتج عنه أى أثر قانوني . وأنه لا حاجة الى رفع دعوى أمام القضاء للحصول على حكم يعطل من مفعول نتائجه

ولكن يرد على هذا الرأي أنه وان كان العقد باطلاً بمحكم القانون الا أنه من المحتم رفع دعوى للحصول على حكم يبطلان عقد باطل بطلاناً أصلياً^(٢)

والنتيجة برفع دعوى يرجع الى أصليين معقولين يقرها قانون المرافعات أولاً : لا يجوز للانسان أن يقضى حقه لنفسه بنفسه ولا يجوز الاعتداء على الغير في سبيل تحقيق الحق

ثانيا : يصبح لكل عقد أن ينفذ بإدىء ذى بدء^(١) أى اذا ظهرت على العقد أمارات صحته عيانا وجب احترامه والأخذ به مؤقتا مادام أن الطاعن فيه لم يثبت عدم صحته

فإذا حصلت الهبة بعقد غير رسمى عن عين عقاراً كان أو منقولاً أو عن مبلغ من المال وأصبح العقد باطلا فهل يجوز للواهب أن يسترد بالقوة العقار ويضع يده عليه ، أو يقتصب من يد الموهوب له المبلغ الموهوب ، أو يجب عليه الالتجاء للقضاء للوصول الى حقه ؟ لا يجوز ذلك بل اللازم رفع دعوى

ولكن القائلين بالبطلان المطلق من تلقاء العقد دون الحاجة الالتجاء الى القضاء يعترضون على هذا رأى بقولهم إن الدعوى فى هذه الحالة لا ترفع بطلب الحكم ببطلان العقد بطلانا مطلقا بل هى ترفع باعتبارها دعوى تثبيت الملكية^(٢) ان كان الموضوع عقاراً ، أو دعوى رد المدفوع بلا سبب^(٣) ان كان المدفوع مبلغا

ولكن يرد على ذلك أنه وان رفعت الدعوى بطلب تثبيت الملكية أو رد المدفوع بلا سبب فانه لا يمكن انفصل فيها الا استناداً الى العقد فلا بد حينئذ من الحكم أولاً ببطلان العقد بطلانا مطلقا ثم الحكم ثانياً بالملكية أو بالرد إذ الاتصال بين الاثنين اتصال لا يمكن فصله

٢٥٨ — اذا علم ذلك فما هى حينئذ خصائص البطلان المطلق ؟ هذه الخصائص هى :

(١) يجوز لكل شخص ذى مصلحة فى البطلان المطلق أن يستفيد من هذا البطلان اما على شكل دعوى أو على شكل دفع فيها^(٤) ففي عقد الهبة الباطلة يجوز لكل من العاقلين الواهب والموهوب له حق طلب البطلان المطلق ولا يجوز أن يدفع هذا الدفع بدفع آخر وهو « من سعى فى نقص ما تم على يديه فسيه مردود عليه » لأن المصلحة العامة هنا فوق مصلحة الأفراد واذا وهب الواهب عينا بعقد

(١) provision est due au titre (٢) action en revendication (٣) action (٤) exception en répétition de l'indu

غير رسمي ثم باعها لشخص جاز للمشتري حق طلب بطلان الهبة بطلانا مطلقا . وإذا قضى للوهوب له المشتري جاز لهذا الأخير دفع دعوى الاول ، بالدفع الخاص ببطلان الهبة بطلانا مطلقا

(٢) ان العقد الباطل بطلانا مطلقاً لا يقبل التصحيح من قبل صاحبيه : ذلك لان في التصحيح ^(١) تنازلاً ^(٢) عن التمسك بسبب البطلان الذي عاب العقد . ومعنى ذلك ان الدعوى والدفع يملكهما شخص واحد وهو من يتنازل . ولكن هذا لا يصح بالنسبة للبطلان المطلق ولا أثر له فيه . اذ تنازل أو تصحيح أحد العاقلين غير مجد فيه لانه لا يجوز التنازل عن حقوق الغير . على أن التنازل هذا لا يحتاج به على المتنازل لان النظام العام، وهو الذي يرجع اليه في أصل تقرير البطلان المطلق يأتي، إلا ان يظل العقد باطلا ^(٣) لا يرتفع عنه أثر بطلانه ما دام انه لا يوجد شيء يعمل على إزالة البطلان

(٣) وما دام ان التنازل غير جائز فكذلك ما يلحق بالتنازل . ويظهر ان التقادم ، أى مضي المدة وهو زوال الحق واقتضاؤه بمضي الزمن وهو ١٥ سنة (المواد ٧٦ / ١٠٢ مدني و ٢٠٨ / ٢٧٢ مدني و ٢٢٦٢ فرنسي) ، لا يسري على البطلان المطلق

٢٥٩ - ولكن القضاء الفرنسي يميز بين حالتين بشأن مضي المدة

الحالة الاولى : اذا رفعت الدعوى بطلب البطلان أى بالزام الخصم برد الاشياء الى المدعى بالحالة التي كانت عليها وقت تنفيذ العقد الباطل كما في حالة الهبة الباطلة مثلا ، جاز للمحاكم في هذه الحالة ان تحكم بسقوط الدعوى بمضي المدة . وحجة القضاء الفرنسي في مذهبه هذا ان نص المادة ٢٢٦٢ فرنسي علم مطلق . اذ هي تقر بان كل حق عيني أو شخصي يسقط بمضي ثلاثين سنة فإذا مضت المدة حينئذ فلا تقبل الدعوى ألبتة . ويقول هذا القضاء في هذا الشأن : « إن العقد الباطل لا يكتسب مع مضي الزمن وجوداً قانونياً ^(٤) بل كل ما يكتسبه بمضي الزمن هو

(١) confirmation (٢) renonciation (٣) caduc (٤) existence légale

أن يتأيد ويثبت في وجوده للمادى غير القانونى ^(١)

الحالة الثانية حالة دفع الدعى برفع عند عدم تنفيذ العقد : فإذا وقع عقد هبة باطلا ولم ينفذ في ظرف ثلاثين سنة (حسب القانون الفرنسى) (١٥ و ١٥ سنة فى القانون المصرى) ثم جاء الدائن وهو الموهوب له وطلب تنفيذ العقد الباطل جاز خصمه وهو الواهب ان يدفع الدعى قبله بالدفع الخاص بالبطالان المطلق لا بالدفع الخاص بسقوط الحق بمضى المدة لان المادة ٢٢٦٢ خاصة بالدعاوى لا بالدفع ^(٢)

٢٦٥ - هذا بالنسبة للقضاء الفرنسى . وما هو الشأن الآن بالنسبة لقانون المصرى ؟ هل يجوز قهراً تفسير المادة ٢٠٨ / ٢٧٢ مدنى بنفس التفسير الذى فسر به القضاء الفرنسى المادة ٢٢٦٢ المناظرة لها ؟ أى هل يجوز القول فى القانون المصرى بان دعوى تنفيذ العقد الباطل بطلاناً مطلقاً تسقط بمضى المدة وهو ١٥ سنة (الحالة الاولى) وان الدفع بالبطالان المطلق جائز حتى ولو بعد مضى ١٥ سنة (الحالة الثانية) ؟ أو بعبارة أخرى هل المادة ٢٠٨ / ٢٧٢ خاصة بالدعاوى دون الدفع أم تشمل الاثنتين الذى يقول به انه اذا كانت المادة الفرنسية ٢٢٦٢ قاطعة فى انها خاصة بالدعاوى (دون أن تذكر شيئاً بالنسبة للدفع) فان المادة ٢٠٨ / ٢٧٢ المصرية قاطعة فى أن الالتزامات ^(٣) تسقط بمضى ١٥ سنة ^(٤) . ولم تعرض المادة المصرية للدعاوى دون الدفع . واذا كان كذلك فيجوز الاخذ بها فى الحالة الثانية باعتبارها دفعاً خاصاً بسقوط الالتزام بمضى ١٥ سنة لا دفعاً خاصاً بالبطالان المطلق . أما فى الحالة الاولى فالامر ظاهر أى يؤخذ فى مصر بما قرره القضاء الفرنسى

٢٦٦ - واذا كانت نظرية البطلان المطلق . قد تدرت بالقانون المصرى ، كما قررها أيضاً القانون الفرنسى ، بمواد مبثرة وبطريقة غامضة غير معينة فاهى حينئذ أداة التمييز أو الطريقة التى يرجع اليها لمعرفة الأحوال التى يكون فيها العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً ؟ الجواب أنه لا توجد طريقة معينة فى ذلك ويجب درس كل

(١) existence de fait س ١٨٨٥ ، ٢ ، ١٦٩ ومقال لايه Labbé : د ١٨٩٧

١٠٠٧٥ ومقال سارو Sarrut - س ١٨٩٦ ، ١٠٥١ (٢) د ١٨٨١ ، ١٠٨٠ - س ٥

١٨٨١ ، ٢٧٠٦ (٣) obligations (٤) وترجمت كـ obligations بالنسخة العربية بجميع

التعهدات والديون . . .

حالة على حدة. فإذا اتضح أن ركناً من أركان العقد ينقصه، ولوحظ بأن الشارع علق عليه أهمية عظيمة بحيث جعله ركناً أساسياً للعقد، فيعتبر العقد في هذه الحالة باطلاً بطلاناً مطلقاً. أى ينظر إلى الإرادة الضمنية للشارع أو الإرادة المحتملة عند عدم التصريح بها.

٢ - في البطلان النسبي

٢٦٢ - رأينا في البطلان المطلق أن السبب فيه يرجع لنص في القانون أى يرجع إلى مخالفة نص الزامى أو تحذيرى وكلا النصين يرجع للمصلحة العامة.

أما البطلان النسبي فأسبابه ما يأتى:

(١) إذا شاب الإفصاح عن الإرادة أحد عيوب الرضا، وهى انتدليس، الإكراه والغلط والغبن فى بعض الأحوال.

(٢) إذا كان أحد العاقدین مفقود الأهلية.

وقد راعى القانون فى تقرير هذه الأسباب حماية المصلحة الشخصية لا المصلحة العامة، بمعنى أنه قرر بطلان العقد لا من طريق الخو والمخلف بل من طريق جعل العقد مهدداً فى زمن معين بلزوال، فالعقد باق ولكنه باق مع التهديد. أى ينفذ العقد طالما أنه لم يطق فيه. فإذا طعن فيه صاحب المصلحة أبطل وإذا لم يطقن ظل صحيحاً نافذاً. ومن هنا تظهر بعض الفروق بين البطلان المطلق والبطلان النسبي. ويلاحظ مع ذلك أنه وإن اتفقا كما قررنا فى أنه لا بد فى كليهما من الاتئاء للقضاء للحصول على حكم مؤذن بتأييد البطلان إلا أن هناك فروقاً هامة لا بد من بيانها، وهى:

(١) يجوز فى البطلان المطلق لكل ذى مصلحة حق طلب هذا البطلان. وأما فى البطلان المقيد فإن الحق فى طلبه موقوف على أفراد عينهم القانون يتمتعون به من طريق الدعوى أو من طريق الدفع ليتمكنوا من رفع ما نزل بهم من الحيف والضرر

وإذا لم يتحقق الضرر فالبطلان النسبي مع ذلك جائز^(١) وأما العاقد الآخر المتمتع بكامل الأهلية فليس له حق طلب البطلان لأن هذا البطلان لم يشرع له بل شرع لمفقود الأهلية^(٢). إلا إذا كان العقد تبادلياً أي كان الالتزام فيه من الطرفين فإن البطلان المحكوم به لمصلحة القاصر يبطل مفعول الالتزام المحمل به خصمه الآخر البالغ^(٣).

٢ (العقود القابلة للبطلان ، أي الباطلة بطلاناً نسبياً ، يجوز تصحيحها بعمل يصدر من صاحب حق البطلان . وفي التصحيح تنازل عن البطلان . وبه تعود الى العقد قوته ويعتبر كأنه خال من قبل عن كل شائبة (المادة ١٣٣٨ فرنسي) وبشروط في التصحيح العلم بالعيب الذي يشوب العقد وأن يكون قد زال بسبب العيب (المادة : ١٣٠٤ فرنسي الفقرة ٢)

٣ (تسقط دعوى البطلان النسبي بمضي للدة القانونية العادية وهي ١٥ سنة (المادة ٢٠٨ / ٢٧٢ مدني) إلا اذا وجد نص يخالف ذلك مثل نص المادة ٣٧٠ / ٢٩٦ مدني في سقوط حق المشتري في الفسخ وتقيص الثمن بمضي سنة واحدة ، والمادة ٤٢٠ / ٣٣٧ مدني الخاصة بسقوط الحق في دعوى الغبن الفاحش بمضي سنتين من تاريخ سن الرشد أو وفاة القاصر بسنتين ، وشروط الغبن مقررّة بالمادة ٤١٩ / ٣٣٦ مدني في أن يكون البائع قاصراً وأن يكون الغبن زائداً على خمس ثمن الصفقة^(٤) والمادة ٤٠٩ / ٥٠٠ مدني بشأن مسؤولية المهندس المعماري والمقاول مدة ١٠ سنوات عن خلل البناء والمواد التجارية ١٩٤ / ٢٠١ بشأن الاوراق المالية و ١٥٤ / ١٦١ و ١٩٤ / ٢٠١ بشأن الكيبيالات و ٩٩ / ١٠٤ و ١٠٩ / ١٠٩ بشأن النقل أما القانون الفرنسي فإنه قرر بالمادة ١٣٠٤ أن الحق في البطلان النسبي يسقط بمضي ١٠ سنوات إلا اذا نص على مدة أقل من ذلك

(١) المادة ١٣١ / ١٩١ مدني : « مجرد عدم الأهلية موجب لبطلان المشاركة ولو لم يكن فيها ضرر lésion . . . » (٢) المادة ١٣٢ / ١٩٢ مدني : « لا يجوز لدى الأهلية من المتعاقدين أن يحتج par opposer بعدم أهلية من تعاقد معه بقصد ابطال المشاركة . » ١١٢٥ فرنسي فقرة ٢ (٣) دي هلسر ج ١ ص ١٠٨ ن ١٢ (٤) وجرت العادة على تسمية دعوى الثمن action en rescision ولا تسمى action en nullité

٣ - في البطلان المعدم

٢٦٣ - البطلان المعدم للمعقود والمعقود المدمومة واحد. ولقد سبقنا أن رأينا البطلان المطلق راجع لعدم توافر شرط أساسي قرره القانون بالذات. وأن السبب في المعدم أي في عدم وجود العقد بالمرّة هو نقص في أركانها الجوهرية لتكوينه. ضد المسمية في عقد الهبة يجعله مشوباً بالبطلان المطلق، وعدم حصول الرضاء من البائع في عقد البيع يجعل هذا العقد معدوماً. وقد رأينا أنه لا يوجد محل للتفرقة من الوجهة العملية إنما يقول بعض رجال الفقه بالتفرقة من الوجهة النظرية البعثة او المنطقية حيث يقولون في حالة عدم حصول رضاء بمقتضى البيع ان العقد لم يولد بالمرّة بل هو معدوم^(١) ويقولون في عقد الهبة العرفي أن العقد وجد ولكنه وجد مشوباً، فالفرق بين المعدم والبطلان المطلق كالفرق بين المعدم والوجود

٤ - في تقد نظرية البطلان الثلاثي

٢٦٤ - كان القضاء الفرنسي يجري على عدم الأخذ بهذه التفرقة ولكن يظهر أنه أخذ بها أخيراً^(٢) على انه مهما قيل بالوجهة في دقة هذه التفرقة فانه لا محل للاخذ بها للأسباب الآتية :

(١) من الوجهة العملية لا يوجد فرق بين المعدم والبطلان المطلق لانه لا بد فيهما من الحصول على حكم بالبطلان المطلق أو البطلان المعدم . فاذا حصل بيع بلا ثمن وجب على البائع رفع دعوى لاسترداد المبيع . كما اذا دفع شخص لآخر مبلغاً بلا سبب جاز للدافع^(٣) استرداده بدعوى يرفها ضد التابض^(٤) اذا تعذر عليه التراضى وليس له حق أخذ حقه بالقوة . نعم وان كان المحكم في البطلان المعدم ليس منشئاً للبطلان بل هو مظهر له أى مقرر له ، إلا أن الامر كذلك أيضاً بشأن البطلان المطلق فان المحكم به مظهر لا منشئ له . وفي الواقع فان الحال كذلك بشأن البطلان النسبي . اذ المحكم به أيضاً مظهر لا منشئ . أليس هذا كله نتيجة حتمية لهذه القاعدة المعروفة

(١) مجلس ج ١ م ١٠٦ ن ٣ س ٩٠٣ ٥١ ٢٥٧ ومقال « Tissier »
 (٢) accipiens (٤) solvens (٣)

في أن الأحكام مقررة للحقوق. أي مظهر لها لا منشئة لها ؟ ويستحيل أن يكون الامر على خلاف ذلك لان التنازع لا يكون الا حيث يوجد حق متنازع عليه . وحكم القاضي في النزاع يجب ان ينصب على الحق المتنازع فيه . فكيف يجوز عقلا التنازع على لا شيء ثم الحكم بعد ذلك بشيء لم يحصل التنازع فيه ؟

فلا احكام جميعها مظهره أي مقررة للحقوق لا مثبتة أي منشئة لها ^(١) ما عدا بعض استثناءات ، منها حكم مرسى المزداد فانه يوقع البيع لمن رسا عليه المزداد

ويقول رجال الفقه من أنصار التفرقة الثلاثية ان البطلان 'المعدم يرجع لمائل طبيعي' ^(٢) بخلاف البطلان المطلق فانه يرجع لمائل قانوني ^(٣) . نعم ولو أن هذا الاصل في البطلان موجود حقيقة إلا أنه ليس له أثر ما من حيث البطلان في ذاته . وفي الحقيقة والواقع إن البطلان المعدم والبطلان المطلق يكاد كلاهما يؤدي معنى الآخر ^(٤) فإذا كانت النتائج العملية للبطلان المعدم والمطلق هي واحدة وكانت اللغة القانونية عند الرومان تنصرف الى اعتبار بطلان المقدم منشئاً على الحالتين ، فما هو اذن السبب في هذه التفرقة بين البطلان المعدم والبطلان المطلق وكيف أنت ؟

مصدر هذه التفرقة شروط الزواج في القانون الفرنسي . ذلك لان رجال الفقه من القرنين قرروا قاعدة بديهية في عقد الزواج وهي أنه لا يجوز الحكم ببطلان عقد زواج الا نص صريح في القانون . ولما كان من المحتمل وقوع أحوال خاصة من المحتم فيها تقرير بطلان عقد الزواج ، ولولم يردعنا نص ، بحكم البداهة فيها ، أراد رجال الفقه التفرقة بين الحالة الاولى التي سموها بالبطلان المطلق أي الذي يرجع لمحظور شرعي أو عائق قانوني ، والحالة الثانية التي سموها بالمعدم أو البطلان المعدم أي الذي يرجع لمحظور أو حائل طبيعي .

هذه الطريقة التي اتبعها أنصار التفرقة الثلاثية قد أخذ بها القضاء الفرنسي كما

(١) فلا الاحكام المظهره والاحكام المنشئة وهو نص التعبير الذي قال به فقهاء الشريعة الاسلامية وهو ترجمة كلمتي déclaratif و attributif (٢) obstacle naturel (٣) obstacle légal (٤) وكانت الحال كذلك في لغة الرومان القانونية فإذا قلوا « باطلاً » nullum est انصرف ذلك لما الى ان المتد باطل nul أو ممدوم inexistant

ذكرنا بحكمه المشار اليه^(١) وهي طريقة التفرقة بين البطلان المعمم والبطلان المطلق بالرجوع الى المحظور القانوني أو المحظور الطبيعي. وكان موضوع البحث القانوني المطروح أمام محكمة النقض الفرنسية بطلان عمل من اجراءات المرافعات وهو بطلان مزاد جبري سير فيه بواسطة أحد الافراد لا بواسطة وكيل من وكلاء الدعاوى^(٢) الامر المخالف للمادة ٧٠٥ مرافعات فرنسي. وهذا الاجراء المخالف للقانون باطل لا محالة ولكن لا يوجد نص على البطلان. وفوق ذلك فان المادة ١٠٣٠ مرافعات تقرر من طريق آخر بأنه لا بطلان الا بنص في اجراءات المرافعات. فحكم القضاء الفرنسي بالبطلان المعمم نظراً لهذه الاعتبارات القانونية. ولكن كان في استطاعته الاخذ بنظرية البطلان الاحتمالي^(٣) التي قلنا بها في صدر هذه النظرية (ن ٣٦١) وهي البحث في معرفة ما اذا كان الشرط الناقص من الأركان الاساسية للعمل القانوني أم لا. فاذا كان منها قضي بالبطلان المطلق. ولا حاجة ألينة الى القول بالبطلان المعمم، إذ أن الركن الناقص أساسي، سواء نص عليه القانون أم لم ينص. وإذا كان غير أساسي فلا يحكم طبعاً بالبطلان. وهذا هو المعروف أيضاً بشأن البطلان في أوراق المرافعات على وجه التقريب^(٤)

اما وقد اتفقتنا من التكلم على العقود فاننا نبين الآن الآثار المترتبة على هدم العقود. ونريد بالآثار الالتزامات الناشئة عن العقود.

ونقسم هذه الالتزامات الى قسمين. التزامات بسيطة والتزامات مركبة. ونبدأ بالاولاهما.

(١) س ٢٠٧٥١٥٩٠٣٥ (٢) avoué (٣) nullités virtuelles (٤) راجع في كتاب المرافعات للدكتور ابو هيف بك بند ٦٩٨ وما بعده و١٠١٣ وما بعده ومرافعات الدكتور عبد الفتاح السيد بك س ٣٥٠ ٣٧٤٥ وما بعدها. وس ٣٥٠ ٣٨٧٥ وما بعدها.

في الالتزامات الناشئة عن العقود

الالتزامات البسيطة

الاحكام العامة للالتزامات البسيطة

في آثار الالتزامات البسيطة

٣٦٥ - الالتزام البسيط^(١) هو ما تجرد عن كل تعقيد يتعلق بتعدد للتعاقدين أو تعدد موضوع العقد وجعل الالتزام مطلقاً على شرط أو موقوفاً على زمن. والالتزام المركب^(٢) هو ما تحف به هذه المظاهر المختلفة من تعدد أو شرط أو زمن. ومنحصر الكلام الآن على الالتزام البسيط.

وأثر الالتزام ينحصر في أن يقوم الدين بما التزم أي بالشئ الذي تمهد به^(٣) فإذا امتنع جاز للدائن الاستعانة بالسلطة العامة إما من طريق التنفيذ بالشئ ذاته^(٤) أو من طريق التنفيذ بتعويض عند استحالة الأول وهو ما يسمى بالتنفيذ بالمقابل^(٥) وللدائن حق اتخاذ وسائل احتياطية ورفع دعاوى حتى يمنع الدين من تبديده ماله أضراراً بدائنيه. وللدائن حق أخذ دينه من ثمن الأشياء المبعة وهناك التزامات ناقصة^(٦) لا يستطيع معها الدائن الاستعانة بالتنفيذ الجبرى للحصول على دينه. وتسمى هذه بالالتزامات الطبيعية^(٧).

في التزام المدين

وفي آثار عدم الوفاء بالالتزام

٢٦٦ - يلتزم المدين إما بإعطاء شئ وإما بعمل شئ وإما بالامتناع عن

عمل شئ :

(١) obligation simple (٢) obligation complexe (٣) prestation (٤) exécution en nature وأسماه الدكتور أبو هيف بك في كتاب التنفيذ بند ٦ التنفيذ المبني وعرفه بأنه عمل ما التزم به الدين بإتداء أو الوفاء بما تمهد به الدين عيناً (٥) exécution par équivalent (٦) obligations imparfaites (٧) obligations naturelles.

(١) الالتزام باعطاء شيء^(١): الالتزام باعطاء ليس معناه الالتزام بالتسليم^(٢) بل هو تمكين الدائن من اكتساب حق عيني على الشيء وهذا الحق هو في الغالب حق الملكية^(٣). وكان القانون الروماني يقضي كما يقضي به القانون الألماني الآن بفصل الالتزام بالتسليم عن التسليم ذاته. أما الآن فقد قضى على هذه القاعدة اذ قررت المادة ٩١/ ١٤٥ مدني و١١٣٨ أن «التعهد باعطاء شيء ينقل ملكيته بمجرد وجود التعهد اذا كان الشيء معيناً وعلوفاً للتعهد» اذ بمجرد الالتزام بتسليمك أي حق عيني على الشيء سواء كان الحق العيني كاملاً للملكية أم أي حق عيني آخر (المادة ٩٠/ ١٤٦ مدني) يصبح الدائن مالئاً. أي أن التزام الدين بالتسليم ينفذ بمجرد حصوله الا اذا كان معلقاً على زمن — ولكن يلاحظ مع ذلك المادة الاولى من قانون التسجيل الصادر في ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ رقم ١٨ و١٩ اذ قررت بأنه من الضروري تسجيل العقد الناقل للحق العيني المقاري حتى يكون حجة على طرفي العقد.

على أنه يجوز التعاقد الآن تماقداً رومانياً أو ألمانياً. اذ تبقى العمليتان عملية الالتزام وعملية التسليم منفصلتين، وذلك فيما اذا كان الشيء موضوع العقد غير معين الآن وأنه يعين في المستقبل مع تعيين نوبته وقت العقد^(٤) كما اذا تعهد زيد بتسليم بكر ١٠٠ قنطار قطن عند ظهور الزراعة. ولا بد في هذه الحالة من التسليم في البعاد حتى تنتقل الملكية تنفيذاً للعملية الأولى، أو لا بد من تعيين المبيع بالوزن أو بالمقاس^(٥).

(١) obligation de donner (٢) livraison (٣) وكلة donner تعيد للمنى الذى كانت تعيد الكلمة الرومانية dare (٤) in genere (٥) المواد ٢٤٠/ ٣٠٦ مدني و١٥٨٦ فرنسي فيما اذا كان البيع جزاءاً en bloc دون حصول وزن أو عدد أو كيل أو مئاس والمادة ٢٤١/ ٢٥٧ مدني و١٥٨٥ فرنسي فيما اذا كان البيع بالوزن أو المئاس أو الكيل أو المقاس في المستقبل.

(٢) الالتزام بعمل شئ^(١) وهو الالتزام بالقيام بإجراء عمل إيجابى خلاف نقل الملكية ، أى عمل مادى كبناء قنطرة أو ردم مستنقع ، أو القيام بعمل قانونى كتعهد المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالشئ المؤجر .

(٣) الالتزام بالامتناع^(٢) وهو أن يتعهد المدين بالامتناع^(٣) عن إجراء عمل كانت له الحرية فى إجرائه قبل التقيد بهذا الالتزام . كتعهد بائع المحل التجارى بعدم فتح محل تجارى آخر بالقرب من الأول حتى لا يزاحم المشتري فيضره .

والالتزام بالأعطاء والتسليم يتم فى الغالب بعملية قانونية واحدة . أما الالتزام بالامتناع فهو التزام مستمر أو متتابع^(٤) إذ يلزم المدين بالامتناع فى كل فرصة تسنح للامتناع . وكذلك أيضاً فى عقد الإيجار فإن المؤجر ملزم بتمكين المستأجر فى كل آن من الانتفاع ولو ان التزامه التزام بعمل . والتزام المستأجر أيضاً التزام متتابع إذ هو ملزم بدفع الإيجار فى الاوقات المعينة

فى تحرر المدين من الدين

وفى نظرية الخطأ أو التصغير التعاقدى وفى نظرية الخطأ الرباعى

٢٦٧ - لا يتحرر المدين من الدين الا بالوفاء . فإذا لم يف بدينه أو تأخر فى الوفاء اعتبر مقصراً أى وقع فى الخطأ التعاقدى^(٥) ويسمى هذا الخطأ أو التصغير بتمبير أصبح نقصير المدين أو خطؤه^(٦) فإذا لم يف المدين بدينه جاز التنفيذ ضده بواسطة السلطة العامة بالشئ نفسه ، والا أصبح مسئولاً بتعويض يدفعه نظير الضرر الذى أصاب دائته

٢٦٨ - فى نظرية الخطأ الرباعية : قال بها كوجاس^(٧) وغيره من

المتقدمين على واضعى قانون نابليون ورجعوا فيها الى موسوعات الرومان^(٨) وقرروا بوتييه أيضاً . وقسموا الخطأ الى أربع درجات : (١) التدليس^(٩) وهو الخطأ التعمدى

(١) obligation de faire (٢) obligation de ne pas faire (٣) s'abstenir

(٤) obligation successive (٥) faute contractuelle (٦) faute du débiteur

(٧) Cujas (٨) Digeste (٩) dol

أو الخطأ السيئ - ٢) والخطأ الجسيم ^(١) وهو التقصير الناشئ من أن الإنسان لا يعنى عند قيامه بعمل للغير العناية التى لا تقوت عادة الاشخاص قليلى العناية أو البله عند قيامهم بأعمالهم هم أنفسهم. ويشبه هذا التقصير الخطأ التدليسى ويلحق به - ٣) الخطأ الخفيف ^(٢) وهو أن لا يعنى الإنسان عند قيامه بعمل يختص بالغير العناية التى تلحظ عادة فى الشخص العادى عند قيامه هو بميله الخالص به - ٤) الخطأ الخفيف جداً ^(٣) وهو عدم قيام الإنسان بالعناية التى لا تقوت الاشخاص الحريصين عند قيامهم بأعمالهم الخاصة بم.

ولقد قسم التأملون بنظرية الخطأ الرابعى المقود الى ثلاثة طوائف - ١) المقود المعقودة فى مصلحة الدائن خاصة مثل الوديعة فقالوا فيها بأن المدين وهو المودع لديه لا يسأل الا عن التقصير الجسيم - ٢) والمقود المعقودة لمصلحة المتعاقدين معاً كالبيع والابحار. وفيها يسأل المدين عن قصيره الخفيف - ٣) المقود المعقودة لمصلحة المدين مثل عارية الاستعمال ^(٤) وفيها يجب على المدين أن يقوم فى تنفيذ التزامه بأتم العناية وأكملها

ولقد أشار القانون الفرنسى فى المادة ١٣٧ الى الأخذ بهذه النظرية الرباعية، عند ما قرر الزام المدين اللتزم بالاعطاء، بالمحافظة على المشىء حتى يتم التسليم، وهذا الالتزام هو نتيجة طبيعية لالتزامه بالاعطاء، ولذا لم يقرها الشارع المصرى. وقد أشارت هذه المادة الفرنسية الى أن العناية فى المحافظة على الشىء هى عناية قرب الأمرة بشؤونه ^(٥) أى عناية المالك متوسط الذكاء والقدرة. فلا يصرف النظر فى التقصير الا عن الاغلاط العادية التى تقع عادة من مثل ذلك المالك. وأما ما زاد عليها فالمدين مسئول عنه ويلزم بالتعويض قبل الدائن. ويقال فى هذه الحالة بأن المدين مسئول عن التقصير الخفيف بوجه عام ^(٦) ويقول القانون الالماني فى هذا الشأن بالمادة ٢٧٦ بوجود اهمال من قبل المدين ^(٧) فيما اذا لم يلاحظ شئون العناية المادية فى الاعمال الجارية

(١) culpa lata أو faute lourde (٢) culpa levis أو levior أى faute légère

(٣) levissima culpa أو faute très légère (٤) prêt à usage أو commodat

(٥) un bon père de famille أو bonus pater familias (٦) culpa levis

(٧) in abstracto (négligence (faute)

على أن قاعدة المسؤولية المقررة بالفقرة الاولى من المادة ١١٣٧ قد اعترفتها استثنائات بالفقرة الثانية منها . ذلك انه يشترط في عقد عارية الاستعمال أن يكون المستعير على عناية نظيمة بالشيء المستعار .

وقالت المادة الفرنسية : « ان الالتزام بالمحافظة على الشيء ، سواء كان الانفاق لا يرمى الا الى منفعة أحد الماعدين أم يرمى الى منفعة الاثنين معاً ، يلزم المكلف به بأن يقوم بجميع أنواع العناية التي يقوم بها عادة رب الأسرة في شأنه الخاصة به . — ويختلف هذا الالتزام باختلاف العقود أما نتاجه فيها فهي معينة بالفصول الخاصة بها. » وقررت المادة ٤٦٨ / ٥٦٩ مدى بأنه مسئول عن تقصيره اليسير وهذه نتيجة لما قررت المادة ٤٦٩ / ٥٧٠ مدى في أنه ملزم بحفظ العين المستعارة والاعتناء بصيانتها. أما المادة ١٨٨٢ الفرنسية فلها تقول بمسؤوليته فيما لو هلك الشيء في حادث جبرى وكان في استطاعته المحافظة عليه اذا استعمل ملكه الخاص . أو انه اذا لم يستطع إلا المحافظة على أحد الشئتين قد فضل ملكه عليها . ويحصل أحياناً في تقرير المسؤولية وتقدير مبلغ العناية أن يرجع في ذلك الى نفس العناية التي يقوم بها الشخص ذاته في أعماله الخاصة به ^(١) كما أشارت الى ذلك المادة ٤٨٢ / ٥٩٠ مدى حيث قررت أن المودع لديه يتمهد بحفظ الشيء كما يحفظ أموال نفسه . وقررت مثل ذلك تقريباً المادة ١٩٢٧ فرنسي إذ قالت بأن المودع لديه ملزم في محافظته على الوديعة بنفس العناية التي يحافظ بها على ملكه هو

وإذا انعمنا النظر نجد أن الشارع لم يصب في أخذه بهذه المسائل المختلفة التي أتت له من قبل الشارع الفرنسي . ذلك لأن المدين في الحقيقة ملزم بشيء واحد في كل ذلك وهو تنفيذ ما ألزم به . إذ الذي يحصل التساؤل فيه في كل عقد هو « ما هو بالدقة موضوع الالتزام » ؟

ففي عقد الوديعة مثلاً إذا قيل بأن المودع لديه لا يلزم إلا بقدر ما يعنى بعمله هو ، فهذا هو نفس ما اراده الماعدان وقت التعاقد وما انصرفت نيتها إليه . وعلى العكس من ذلك إذا قيل بأن المدين ملزم بوجه عام بالقيام بنفس العناية التي يقوم بها

عادة رب الأسرة في إدارة أعماله الخاصة به فذلك راجع الى أن الدائن قد استند وقت المقعد الى مثل هذا الالتزام . فإذا وقع تقصير^(١) في أداء الالتزام اعتبر المدين مقصراً وأصبح مسئولاً

هذا ويلاحظ أن عدم القيام بتنفيذ الالتزام يجب فيه أن يكون راجعاً الى عمل المدين بالذات^(٢) وربما كان هذا القول أصح مما تقدمه عند ما قيل بشرط الخطأ^(٣) هذا ويرى الشارحون الاستماتة عن نظرية الخطأ الرباعي القديمة بالمبدأين التاليين

(١) يعتبر المدين مخطئاً أى مسئولاً عن الضرر الحاصل للدائن اذا ظهر أن السبب في عدم تنفيذه للالتزام إنما هو بفعله هو

(٢) وعلى العكس من ذلك لا يعتبر المدين مخطئاً وبذا بفلت من المسؤولية اذ تبين بأن عدم تنفيذ الالتزام راجع الى سبب أجنبي عنه

وهذا هو ما قرره المادة ١١٤٧ فرنسي . اذ قلت : « يجوز الحكم على المدين بالتعويض ، اذا وجد محل لذلك ، اما بسبب عدم تنفيذ التزامه أو بسبب تأخيرته في التنفيذ ، وذلك في جميع الاحوال التي لا يقيم فيها الدليل على أن السبب أجنبي عنه وأنه ليس من عمله ، وعلى شرط أن لا يكون هناك سوء نية من جانبه »^(٤)

وربما قد يلاحظ على القاعدتين السابقتين أن هناك أحوالاً يرجع فيها عدم التنفيذ الى فعل المدين نفسه ولكنه قد يقبل فيه التسامح . وعلى ذلك فقد قرر ائتمانون رفع المسؤولية عن المدين أى أنه لا بد من اشتراط الخطأ لأجل تقرير المسؤولية وهذه الاحوال اثنتان . احدها وردت بالمادة ٤٩٤/١٠٦٠٣ م د في ١٩٣٥ فرنسي وهي التي قررت بأن خلف^(٥) الودع لديه كالوارث اذا باع الوديعة بحسن نية أى وهو لا يعلم بعدم ملكية مورثه لها ، لا يلزم الا برد ما قبضه من الثمن أو التنازل عما له من الحقوق

(١) fait imputable au débiteur (٢) manquement (٣) المواد ١٢٤٥ و ١٦١٠ و ١٩٢٣ فرنسي و ٣٤٩/٢٧٨ م دني اذ ذكرت في هذه المواد كلمة « عمل المدين » fait وهي أوتت في التعبير من كلمة خطأ المدين faute ولقد جرى القضاء على الاستناد في عدم المسؤولية الى الحوادث الجبرية والقهرية والى تقصير الدائن نفسه (٤) انظر المادة ١١٩/١٧٧ م دني فانها بهذا المعنى أيضاً رغم ايجازها (٥) ayant cause

قبل المشتري . موثائتھما المادة ١٣٨٠ الخاصة بالمدفوع بلا حق ^(١) اذ قول : « اذا استلم الشخص بحسن نية شيئا باعتباره ديناً له ثم باعه فلا يلزم الا برد ثمنه » وهذا ما أجمل عنه بالمادة ١٤٥/٢٠٦ مدنى وهى التى قررت أن « من أخذ شيئاً بغير استحقاق وجب عليه رده » ^(٢) ولكن يرد على هذه الملاحظة السابقة أن السبب فى عدم الوفاء من قبل خلف المدفوع لديه ومن قبل مستلم الشيء هو سبب أجنبى عنها أى بفعل صاحب الوديعة والتناول وهو عدم حيطتها : اذ الأول باجماله فى اختيار من كان مهتداً بملوث ، والثانى فى خفته فى دفع دين ليس مديناً به

فى عدم الوفاء لسبب خارج

عن ارادة المدين

(١) فى الحادث الجبرى والقوة القاهرة ^(٢)

٢٦٩ - قلنا إن المدين ترفع عنه المسؤولية الناشئة عن عدم قيامه بالتزامه اذا كان راجعاً الى سبب أجنبى عنه وهو براء منه . هذا السبب إما أن يكون فعل الدين نفسه أو حادثاً جبرياً أو قوة قاهرة

(١) فعل الدائنه نفسه : كما اذا أهمل الدائن فى المحافظة على الشيء عند استلامه له فترتب على ذلك حصول بعض التلف له

الحادث الجبرى والقوة القاهرة : يراد بالحادث الجبرى ^(٣) وبالقوة القاهرة ^(٤) ما نصت عليه المادة ١١٤٨ مدنى فرنسى حيث قررت انه . « لا يكون هناك محل للتعويض والفوائد اذا منع المدين من الاعطاء أو من القيام بما هو مكلف بعمله ، أو من عمل ما هو محظور عليه ، بفعل قوة قاهرة أو حادث جبرى . » ولم

(١) paiement de l'indû (٢) والمفهوم ان المستلم accipiens يرد الشيء بالتات أو يرد ثمنه الى المتناول له solvens اذا كان حسن النية . وأما اذا كان شيئاً قسرى عليه للمادة ٢٠٧/١٤٦ مدنى . (٣) كابتان ص ٩ وما بعدها والهامش ١ . بلانول ص ٨٠ ، ن ٥ ٢٣١ وما بعدها (٤) cas fortuit (٥) force majeure

تذكرهما المادة ١٧٧/١٩ مدنى المقابلة لها بل اكتفت بقولها بأنه لا محل للتعويض اذا كان عدم الوفاء راجعاً لتقصير المتعهد، أى خطئه أى ان ما كان خارجاً عن خطئه أو ما كان خارجاً عن علمه، فلا يسأل عنه مثل فعل الدائن نفسه والحادث الجبرى والقوة القاهرة ولقد تألّت عبارتا الحادث الجبرى والقوة القاهرة أقلام الكتّابين ففريق وهو الغالب فيهم يرى فى الحادث الجبرى والقوة القاهرة معنى واحداً أى سبباً خارجاً عن إرادة المدين حال دون قيامه بالوفاء بتمهده الذى التزم بوفائه ويستندون إلى أن الشارع يستعمل المبرراتين فى كثير من موادّه بمعنى واحد وفوق ذلك فإن النتيجة القانونية للمبررتين واحدة وهى براءة ذمّة المدين

وقال فريق بأن القوة القاهرة تنفد أن الحادث الذى حال دون التنفيذ يرجع لقوة أجنبية عن المدين . وأما الحالة الجبرية فهى ترجع لسبب داخلى^(١) أى راجع لحالة العمل الذى يقوم به المدين ولظروفه أى لسبب يرجع للشخص ذاته كحصول حادث للآلة البخارية أو تقصير من العامل .

وفريق يرى فى الحادث الجبرى استحالة تسمية فى التنفيذ^(٢) أى أن الحادث الذى منع المدين من الوفاء بتمهده إما بالرجوع إلى اعتباراته الخاصة به أو الرجوع الى مقارنته برب الأسرة العادى . بمعنى انه لو كان على إرادة صحيحة ومتينة لكان يتقلب على ما يتوره من الحوادث وقت التنفيذ . وهذا هو ما يسميه الالمان بعجز المدين^(٣) وأما القوة القاهرة فهى الاستحالة المطلقة كما يقول الالمان أى الاستحالة الناشئة عن حادث لا يمكن مقاومته ولم يكن فى الاستطاعة انتبؤ بوقوعه من قبل كالمصقوا والزوينة وزلزلة الارض والحرب والاوامر الصادرة من السلطة العامة^(٤)

والذى يلاحظ فى كل ما تقدم أن القوة القاهرة والمالة الجبرية يعفیان المدين من التعويض ويرثان ذمته امام الدائن . وعلى ذلك يقول البعض بان التفرقة بين الاثنين تفرقة لا مبرر لها من حيث النتائج القانونية . وفى عدم التفرقة مطابقة للعادلة لانه لا يمكن مطالبة الرجل بأكثر مما يطالب به الرجل العادى من الكفاءة العادية

(١) obstacle interne (٢) impossibilité relative (٣) impuissance (٤) fait du prince
أنظر للمادة ٢٧٥ فقرة ٢ من القانون المدنى الالمانى

على أنه توجد أحوال نص فيها القانون الفرنسي على فائدة التفرقة بين الاثنين منها حالة براءة ذمة المدين بالقوة القاهرة وعدم براءة ذمته بالحالة الجبرية. ذلك أن قانون حوادث العمل الصادر بفرنسا في ٩ أبريل سنة ١٨٩٨ قرر التزام رب العمل أمام العامل عند وقوع حادث خاص بالعمل^(١) أى إذا وقع الحادث بسبب خلل في الآلات كأنفجار المرجل أو تطاير قطعة من الحديد أو أى حركة للعامل تصدر منه على غير إرادته. وأما إذا وقع الحادث بسبب فعل قهري أى بسبب راجع للطبيعة كعاصفة أو غرق أو زلزال ارض فلا يصبح رب العمل ملتزماً بشيء ما^(٢) ويلاحظ أن قانون حوادث العمل يقر للمسئولية ليس فقط عند وقوع الحادث أثناء العمل بل ولناسبة العمل أيضاً كصابة العامل من ضرب الجنود النار في الهواء أثناء عمله^(٣) وهناك أحوال أخرى خاصة بالقانون الفرنسي فيما يتعلق بالانحجار (المواد ١٧٧٢ و ١٧٧٣) واصحاب الفنادق (المواد ١٩٥٣ و ١٩٥٤)

وكذلك في التمهدين بالنقل^(٤) فانهم يسألون في حالة الحوادث الجبرية لا في الحالات القهرية وذلك يرجع لسبب الاحتكار الذى ينفردون به دون غيرهم^(٥) وترجع هذه القاعدة في أصلها الى القانون الرومانى

٢٧٠ — وعلى كل حال يجب على المدين الذى يقول بعدم مسؤوليته عند الحادث الجبرى أو القوة القاهرة أن يراعى ما يأتى :

(١) يجب عليه اقامة الدليل على أن الحادث لم يكن من الممكن التنبؤ بوقوعه ولا معرفته قبل حصوله. ويكون مطلقاً أن يقول المدين بأنه لم يخطر على باله مثل هذا الحادث بل يجب عليه أن يقيم الدليل على أنه ما كان في استطاعته أثبتة أن يمر بخطره مثل هذا الحادث^(٦) وحكمت بمثل ذلك محكمة النقض

(١) accident de travail (٢) ٣٢٥٠٠٩١٢٥٥ (٣) ٢٥٠١٥٠٩١٨٥٥ (٤) entrepreneurs de transport (٥) قانون المواد ١٧٨٤ مدنى فرنسى

ومقال كابتان (٦) ٩٧/٩٢ تجارى ٩٧ و ٩٨ و ١٠٣ و ١٠٤ تجارى فرنسى (٦) والمرضى البسيط لا يتبر قوة قهرية : استئناف ١٦ مايو سنة ٩٤ م ت ق ٢٩٤٥٦٥ — وبمجرد أن تطرأ صعوبة على تنفيذ العقد لا يتبر قوة قهرية : م ت ق ٢٨٥٢٨٥ — استئناف ٣٠ مارس سنة ٩٢٢ م ت ق ٢٧٩٥٣٤ — وكذلك زيادة الاسعار فى الاشياء : ٤٨١٥٣٤ — ١٥٥٥٢٨

الفرنسي^(١) اذ قررت مسئولية المؤمن على نفسه^(٢) فيما اذا اشترط عليه بمقتضى التأمين^(٣) بأنه اذا لم يدفع القسط^(٤) في ميعاده سقط حقه في الحال^(٥) وثبت أنه لم يدفع بسبب اصابته بمرض القلب يوم الدفع فحكمت بسقوط حقه لأن المرض يمكن توقعه وقت العقد وأنه لا يمكن الحاقه بالحوادث التي يخرج التنبؤ بها عن مقدور العقل ليعتبر حادثاً قهرياً

٢) يجب أن يكون المدبر قد منع من الوفاء بتعهده أى أنه قد وقع له حادث لا قبل له به وقت التنفيذ^(٦) ولم يمكنه التنبؤ به^(٧) وقرر القضاء بأن الحرب والاضراب لا يعتبران في ذاتهما^(٨) من الحوادث القهرية الا اذا حالت دون التنفيذ بتاتا . وأما اذا جعل التنفيذ عسراً أو يحتاج لمصاريف زائدة فلا يعتبر من الحوادث القهرية^(٩) والمدين هو المزمع بإقامة الدليل على وقوع الحادث الجبرى والقوة القاهرة وعلى استحالة الوفاء بالتعهد (المادة ١٣٠٢ فقرة ٣) وهذه المادة الفرنسية هي النتيجة الحتمية للمادة ٢٧٨/٢١٤ مدنى و ١٣١٥ فرنسى اذ تقول : « على الدائن اثبات دينه وعلى المدين اثبات براءتهم من الدين . » كل ذلك تطبيق للقاعدة العامة القائلة بأن البيئة على ادعى^(١٠) لان الذى يدعى خلاف الحالة الطبيعية أو يقول بما يخالف الواقع عليه أن يقيم الدليل على ما يدعيه . ولذلك يجب على المدين الذى يدعى باستحالة الوفاء أن يقيم الدليل على ما يدعيه . فاذا ادعى المدين باستحالة الوفاء عليه أن يقيم الدليل على هذه الاستحالة

(فيما اذا ادعى المستأجر بان السبب في تأخيره في دفع الاجار عدم استطاعته سحب تقوده من المصرف المالى لسبب صدور مرسوم من السلطة العسكرية بدمم الفرق) - استئناف ٣٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ت ق ٢٦٠ ، ١٩٢٠ (فيما يتعلق برداءة الجو حتى جعل قتل البضائع والتفريغ كثير الكلفة) والاوراس الادارية التى تصدر من السلطة العامة faits du prince تعتبر في حكم القوة القاهرة ، مثل الدكرشات التى صدرت بتحديد زراعة القطن : م ت ق ٢٨ ، ١٠٠ ، ٤٤٠ - ٢٩ ، ١٩٣ . استئناف ١٦ ابريل سنة ١٩١٨ م ر ١٩٥١ ص ١٤٥

(١) ١٥٩١٢٥٠ ١٨١ (٢) assuré (٣) police d'assurance (٤) prime (٥) déchéance (٦) استئناف ٨ فبراير سنة ١٩١١ م ت ق ٢٣٥ ، ١٥٩ (٧) استئناف ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ت ق ٣٣٥ ، ١٠٨٠ - دى هلس ج ع ص ١٥٣ (٨) ipso facto (٩) ٢٠ ، ٩١٧ ، ٢٣٥٢٠ ومقال كاجان استئناف ٢٩ مايو سنة ١٩١٢ م ت ق ٢٤٥ ، ٣٦٨٠ - ٢٩ ، ١٥٧ - ٢٩ ، ١٠٥٠ - تقضى وإبرام باريس في ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٣ بحجة الحملة ٤ ص ٤٨٨ عدد ٣٨٢ (١٠) actori incumbit probatio

هذا وليس بلازم دائماً أن يقيم المدين الدليل القاطع على حصول الحادث الجبري والقوة القاهرة . اذ يجوز الاخذ بوقوع هذه الحوادث من طريق القرائن القانونية لانها تعتبر وقائع مادية^(١) لا أعمالاً قانونية^(٢) فاذا أقام المدين الدليل على أنه عني بالشئ عناية رب الاسرة بعمله وثبت ذلك ترتب عليه وجود قرينة على وقوع حادث جبري أو قهري تسبب عنه التلف والضرر

(٢) في بمض الاحوال الاستثنائية الخاصة

بمؤولية المدين

٢٧١ — الأصل أن للمدين لا يسأل الا بقدر ما وقع منه وبشرط قيود القانون فيما يتعلق بالقوة القاهرة والحالة الجبرية . ولكن يحصل أن يتشدد القانون معه في تقدير المسؤولية فيصبح المدين مسؤولاً حتى عن الحوادث القهرية والجبرية وذلك في حالة انذاره بالوفاء وعدم الوفاء بعد الانذار^(٣) (المادة ١٣٠٢ فرنسي) ونصها : « اذا كان الشئ موضوع الالتزام معيناً ومحققاً وقد تلف أو أصبح خارجاً عن التجارة أو ضاع الى حد الجهل بمعرفة وجوده مطلقاً ، فإن الالتزام يصبح منقضيّاً ، اذا كان التلف أو الضياع بغير خطأ المدين وقبل أن ينذر . حتى لو كان المدين منذراً ولم يكن قد تحمل الحوادث الجبرية بنص المقدفان الالتزام مع ذلك يعتبر منقضيّاً اذا كان لا بد ان يتلف الشئ أيضاً فيما اذا سلم الى الدائن - ويلزم المدين باثبات الحادث الجبري الذي يدعيه - ومهما كانت طريقة ضياع الشئ المسروق أو طريقة تلفه فان ذلك لا يعفي المدين من رد الشئ » . وكذلك في حالة تحميل الشارع له بنتائج القوة القاهرة والحادث الجبري^(٤) (المادة المذكورة) وحالة من استلم شيئاً بسوء نية باعتباره ديناً له (المادة ١٤٦ / ٢٠٧ مدني و ١٣٧٩ فرنسي في نهايتها) وأخيراً في حالة ما اذا تحمل المدين في العقد بمحض رغبته بنتائج الحوادث الجبرية والقهرية (المادة ١٣٠٢ المذكورة) وذلك لا يكون الا بنص صريح في العقد^(٥) وقد يحصل أن يكون

(١) faits (٢) actes juridique (٣) misc en demeures (٤) أي risques

(٥) استئناف م ٥ فبراير سنة ١٩١٨ م ت ق ٥ ٣٠ ١٩٥٢

هذا الشرط ضمناً في المقد كما يقع ذلك في حالة المارية (المواد ٤٧٣ / ٥٧١ مدني و ١٨٨٣ فرنسي) ومثل هذا الشرط يتخل عبء الحوادث القهرية والجبرية صحيح ومشروع قانوناً ، وكأن المدين ينتزع من نفسه أو ينصب نفسه مؤمناً^(١) للدائن ضد الحوادث التي يمكن أن ينجي منها المساس بالدين^(٢)

٢٧٢ - وقد يمرض الاستثناء في مسؤولية المدين الى ما يتعلق بإبرائه من المسؤولية وذلك أن يتفق المدين مع دائه بأنه لا يكون مسؤولاً فيها اذا كان عدم تنفيذ الالتزام راجعاً الى عمل له . فهل يصح مثل هذا الاتفاق ؟ وهل يعتبر في نظر القانون مقبولا ؟

لقد اختلف الشارحون والقضاء في صحة ذلك :

اذ ميز الشارحون بين حالة رفع المسؤولية عن عمل الانسان نفسه وحالة التأمين ضد نتائج تقصيره ويراد بهذه الحالة الاخيرة التأمين على المسؤولية^(٣) وهي شائعة في الأحوال الاجتماعية الحاضرة . ويحصل في تأمين أصحاب السيارات ضد الحوادث والوقائع التي تعرض لهم وتضر بالغير . وهي عملية قانونية صحيحة . وقرر الشارحون صحتها حتى لو آمن صاحب السيارة على تقصيراته الجسدية أى خطئه الجسيم أو صاحب المصنع ضد أغلاطه الشخصية التي لا يصح التسامح فيها . ولقد غلت شركات التأمين في الأمر حتى رضيت بمجاوز تأمين صاحب السيارة ضد الحوادث التي تقع منه وهو في حالة سكر . وقد قد الناقدون أمثال هذا التعاقد على أنه يرد على الناقد أن من يؤمن ضد نتائج تقصيراته أو أخطائه فإنه في الواقع لا يغفل بسعد التأمين من المسؤولية . لان هذا العقد ينصرف في الحقيقة الى أن المؤمن له يتماقمع الغير وهو المؤمن على أن يدفع هذا الغير مبلغ التعويض من عنده مقابل ما يقوم بدفعه المؤمن عليه من الأقساط التفتق عليها . وعلى هذا التفسير يصبح عقد التأمين صحيحاً لا يتعارض مع النظام العام . على أن هذا العقد هو في مصلحة المجنى عليهم في الحوادث لانه يضمن لهم الحصول بسهولة على ما يقضى لهم به من التعويضات فيما اذا أعوز صاحب السيارة .

ولقد قرر القانون والقضاء في بعض الأحوال عدم جواز اشتراط رفع المسؤولية عن الأخطاء الجسيمة فيما إذا تفاوتت العاقدان من حيث القوة والاثّر في الإفصاح عن الإرادة في التعاقد بحيث يمتثل بينهما شرط المساواة في القدر . حصل ذلك في فرنسا بالقانون الصادر في ٧ مارس سنة ١٩٠٥ المشهور بقانون راييه ^(٤) حيث قرر هذا القانون عدم صحة الشرط الوارد في عقود شحن البضائع بشركات السكك الحديدية بشأن عدم مسؤولية الناقل عند الضياع أو التلف . هذا هو حكم القانون بالذات أما القضاء فقد أخذ بهذا المبدأ في غير ما شرع فيه وقرر عدم صحة شرط اللامسؤولية في الأحوال المشابهة لما تقدم . إذ قرر بأن شرط اللامسؤولية المأخوذ لمصلحة البلدية لمناسبة معرض علم لا يسرى على أصحاب المعرض ، إذا انصرف هذا الشرط الى رفع المسؤولية عند حصول حريق أو تلف أو حوادث أو تبديد ^(٥)

(١) س ٧٦، ١، ٣٣٧ ومقال لايه Labbé (٢) acte dérisoire (٣) Rabier (٤) س ٩٠١، ١، ٤٠١
purement potestative sous condition
ومقال بـ Perrean

ومما تقدم نرى أن السبب في عدم الأخذ بشرط الالامسؤولية راجع اما الى ارتفاع المساواة في التعاقد بسبب الاحتكار وما يلحق به ، وإما الى النظام العام بما يتعارض معه من تأمين الاشخاص على تدليسهم وتفريرهم بالافراد^(١)

حق الدائن وطريقة الوصول اليه

٢٧٤ — حق الدائن قبل مدينه يثبت بالوسائل القانونية وبالأوضاع المقررة فاذا تعذر عليه الحصول على حقه بالطريق الودى لزمه مفاضة مدينه . واذا حصل على حكم نهائى بحقه فهو اما أن ينفذه بنفس الحق المقنود عليه أصلاً اذا استطاع ذلك ، وإما أن يكون التنفيذ بالتعويض . والتنفيذ في الحالة الاولى يسمى التنفيذ المباشر ، وفي الحالة الثانية يسمى التنفيذ بالمقابل

(١) الحالة الاولى : التنفيذ المباشر

١ - التنبيه بالوفاء

٢٧٥ — يراد بالتنفيذ المباشر^(٢) التنفيذ بالحق ذاته المقنود عليه بالعقد . فاذا وفى به المدين وديا انتهى الأمر . وإلا لزم الدائن التنبيه عليه بالوفاء^(٣) أي اذاره . وله طلب حقه الاصلى والتنفيذ بأصل الشيء المقنود عليه^(٤) وله في هذه الحالة وسائل قانونية مرسومة له تختلف باختلاف الشيء . كما أن له وسائل غير مباشرة^(٥) يلتجئ

(١) ولا تنطبق المادة ٢٥ من لائحة نقل الركاب والعفش والبضائع والحيوانات المصادرة في ٢٠ مايو سنة ٩٠٣ اذا ضاعت البضاعة (ولم تكن مؤمناً عليها) بمخاطأ جسيم من عمال المصلحة : استئناف ١٠ فبراير سنة ٩١٠ م ر ١١٥١٠ من ٢٤٥ مجموعة عياشي ص ٣٦٠ ١٦٣٦ . — ولا تسرى أيضاً المادة ٢٥ المذكورة في حقه السرقة سواء حصلت بمرقة عمال امين النقل او بمرقة الغير : استئناف ٨ يونيو سنة ٩٢٢ م ت ق ٣٤٤ ، ٤٧٤ . — وبوجه عام يصح الاتفاق على تحديد المسؤولية بين مرسل الطرد وامين النقل : استئناف ١٦ ابريل سنة ١٩٢٢ م ت ق ، ٣٤ ، ٢٩٨ . — وكذلك أيضاً بشأن تحديد مسؤولية مصلحة البريد : استئناف ١٥ فبراير سنة ٩٢٣ م ت ق ٣٥٠ ، ٢٢٩ . — وم ذلك يصح أيضاً شرط عدم الضمان risk - not الوارد بأوراق الشحن لمصلحة السكة الحديدية : استئناف ١٩ ابريل سنة ٩٢٣ م ت ن ، ٣٥ ، ٣٨٦ . وفى هذه الحالة يسرى الشرط في حالة الضياع والتلف ويلزم المدعي باثبات الخطأ الجسيم أى السرقة وغير ذلك : استئناف ٢ نوفمبر سنة ٩٢١ م ر ١٢٣٥١ ص ١٦٠ عدد ١٠٣ (٢) ex-cution directe (٣) mise en demeure (٤) exécution en nature (٥) moyens indirects

ليها عند الحاجة ضمانا للوصول لحقه . كوسيلة الاكراه ^(١) وهي التعويض المالى الذي تقضى به المحكمة تهديداً للمدين أو تعويضا فى سبيل الضغط عليه لاجباره على الوفاء بتعهد من طريقا لا كراه

٢٧٦ - فى التنبيه ^(٢) على المدين بالوفاء : إذا لم يف المدين بما تعهد به وجب على الدائن التنبيه عليه . وهذا ما قضت به المادة ١٢٠ / ١٧٨ مدنى حيث قررت : « لا نستحق التضمينات المذكورة إلا بعد تكليف المتعهد بالوفاء تكليفا رسمياً . » (انظر المواد ١١٣٨ و ١١٣٩ و ١١٤٦ فرنسى) وذلك لانه من المفروض هنا انه طالما ان الدائن لا يطالب بالوفاء فهو لا يقع به ضرر ما بسبب التأخير . وتزول هذه القرينة اذا قام الدائن باجراء عمل من الاعمال اللاقضائية ^(٣) . وما دام انه لا يقوم به فلا يعتبر المدين المتأخر فى الوفاء انه مقصر ^(٤) . وتظهر حكمة التنبيه على الاخص فيما اذا لم يضرب موعد للوفاء . ولكن محل التساؤل فى حكمة التنبيه فيما اذا تمين وقت الوفاء . فلماذا يلزم الشارع الدائن بعمل هذا التنبيه من ماله ثم يحمل به المدين فى النهاية ؟ ألم يكن المدين عالماً من قبل بيوم الوفاء ؟ ونظراً لوجاهة هذا الرأى رأى بعض الشرائع الاخذ به اذ قرره القانون الايطالى (المادة ١٢٢٣ قرة اولى) والقانون الالمانى (المادة ٢٨٤ قرة ٢) وعلى هذا الرأى كان القانونيون الفرنسيون فى القرن السادس عشر والسابع عشر . ولكن أخذ بنقيضه فى القرن الثامن عشر كما قرر ذلك بوييه ثم نقله عنه الشارع الفرنسى سنة ١٨٠٤ (المادة ١١٣٩) ^(٥) ونقله الشارع المصرى سنة ١٨٧٥ وسنة ١٨٨٣

(١) astreinte (٢) التنبيه لفظ مستعمل فى النسخة العربية من القوانين المصرية فى معان مختلفة مع أنه كان يجب قصره على المعنى المقصود منه قانونا وهو الطلب الحاصل على يد محضر بناء على سند أو حكم واجب التنفيذ ويضاهيه اللفظ الفرنسى Commandement . والانذار Sommation يختلف عنه فى كون صاحبه لا يستند الى سند أو حكم واجب التنفيذ وقد خلط مترجم القوانين المصرية بين الانذار والتنبيه فى مواقف عديدة واستعمل اللفظين مجتمعين فى بعض الاحوال كقوله على معنى واحد (٣) acte extra-judiciaire (٤) ٢٥١٥٩٢٥٢٥٧ ومقال بلانيول (٥) كابتانص ١٥

١ - كيف يحصل التنبيه

٢٧٧ - قالت المادة ١٢٠/١٧٨ مدني بأن التنبيه يحصل بتكليف المتعهد رسمياً . وهذا التعبير في النسخة العربية لم يرد في النسخة الفرنسية ، إذ ورد بهذه الأخيرة عبارة التنبيه ^(١) فقط ، أي التنبيه على المدين بأنه متأخر في دفع الدين . ولم تقل المادة بنصها الفرنسي ان التنبيه يحصل على يد محضر . وعلى ذلك يكون النص العربي قد أتى بشيء زائد عن النص الفرنسي . أما القانون الفرنسي فقد قرر في المادة ١١٣٩ ان التنبيه بالوفاء ^(٢) يحصل بأنذار ^(٣) أو بأمر عمل يضارعه ^(٤) . وقال كاتبان وكولين في تفسير هذه المادة ان المراد بكلمة انذار ^(٥) ان يكون الانذار حاصلاً على يد محضر . ويقول كذلك أيضاً بلانيول ^(٦) . وان العمل الآخر الذي يلحق بالانذار ويشابهه هو التنبيه على المدين بالوفاء والا حجز عليه حجزاً تنفيذياً على المنقول أو العقار ^(٧) ورفع دعوى بالمطالبة بالحق ^(٨) . ويرى كاتبان ان يضيف على ذلك أيضاً كل عمل يحكي في قوته الانذار الرسمي على يد محضر ، أي كل ورقة صادرة من مأمور عمومي ^(٩) وكانت دالة كل الدلالة على نية الدائن في المطالبة بالمدين . مثال ذلك الاشعار ^(١٠) الذي يسلمه محصلو البلدية لمستأجر المنافع العامة ليطالبه بالدفع ^(١١) . ويرى كاتبان بناء على ذلك وبما يستفاد من كلمة انذار ^(١٢) الواردة بالمادة ١١٣٩ مدني فرنسي ان الخطاب لا يعتبر انذاراً حتى ولو كان مسجلاً بمصلحة البريد الا اذا اتفق الطرفان على ذلك بالمقد . ولكن التسامح التجاري اباح قبول الانذار بالخطاب وبالبرقية أي الاشارة التلغرافية على شرط ان تكون صريحة في طلبه الوفاء

(١) mise en demeure (٢) mise en demeure (٣) sommation (٤) acte équivalent (٥) sommation (٦) citation ou demande (٧) ويسمى هذا التنبيه بالحجز commandement والحجز saisie (٨) (٩) ج ٢ ص ٥٧ ن ١٦٩ (١٠) كاتبان ص ١٥ (١١) (١٢) sommation البلديات (١٣) sommation

إذا علم ذلك فما هي اذن قيمة العبارة العربية الواردة بالنص العربي للمادة ١٢٠ / ١٧٨ المصرية والتي لم ترد بالنسخة الفرنسية وهي ان يكون الانذار على يد محضر اى انذاراً رسمياً؟ لا نستطيع القول في مصر بما قاله كاتبان وبلاينيون بفرنسا لان النصين مختلفان، ولأن كاتبان رتب على كلمة انذار^(١) الواردة بالمادة ١٩٣٨ كل ما اراده من ضرورة تداخل المأمور الرسمي محضراً كان أو محصلاً بلدياً. لذا يعمل القضاء المصري في بعض احكامه النادرة على اعتبار شكل الانذار غير مقيد بأي قيد رسمي. وعلى ذلك أجاز اعتبار الخطاب انذاراً محدثاً للأثار القانونية الصحيحة^(٢) وانئلا نتردد في قبول هذا الرأي ما دام الشارع المصري لم ينقل الكلمة الفرنسية للانذار^(٣) وهي تلك الكلمة التي تفيد الانذار على يد محضر والعمل في مصر يجرى على ضرورة الاخذ بالانذار على يد محضر مع أن ذلك غير لازم كما ينبت

في آثار التنبيه

٢٧٨ - من آثار التنبيه بلوفاة وتنتجها القانونية أن هلاك الشيء^(٤) يصبح على عائق المدين من تاريخ التنبيه (المادة ١١٣٨ ققرة ٢ والمادة ١٣٠٢ ققرة أولى) بمعنى أنه اذا هلك الشيء بعد التنبيه بدون تهصير من جانب المدين فان هذا الاخير يتحمل الهلاك بالرغم من ذلك أي انه يجب عليه أن يدفع قيمة الشيء الى الدائن الا اذا قام الدليل بأنه رغم الانذار فان الشيء كان لا بد هالكا حتى ولو كان تحت يد الدائن وفي هذه الحالة لا يلزم بالتفنن (المادة ١٣٠٢ ققرة ٢)

ونسارع الى ملاحظة أن هذه المسألة تتصل في بعض صورها بنظرية الهلاك التي تكلمنا عنها

ومن آثار التنبيه أن تقرر مسئولية المدين بشأن التأخير في دفع الدين والمقصود بالدين هنا المعنى العام أي الالتزام

(١) sommation (٢) بورلي م ٩٠ تطبيقاً على المادة ١٧٨ المختلطة بنبة ٤ - دي هلس ج ٣ م ١٠٧٠ ن ١٩٨ - استئناف م ٢٥ مايو سنة ١٨٨٢ م ٦٠٢ ١٧٤٠
٣١ مارس سنة ١٠٩٨ م ٢١٨ - استئناف ٢٠ فبراير سنة ١٩٢٢ المحللة ٢ م ٣٧٩
عدد ١١٩ وراجع أيضاً م ١٣٠ م ٥٧٠ - م ت ق ١٠ ٢٠٣ و ٢٠٤ (٣) sommation-
risques (٤)

جـ - الاحوال التي لا محل للتنبيه بالوفاء

٢٧٩ - هناك التزامات لا تحتاج الى تنبيه رسمي بالوفاء بل تحصل النتائج القانونية للتنبيه بغير حصوله أي يعتبر المدين مقصراً بمجرد حلول الاستحقاق ووقت المطالبة أو الوقوف دون الوفاء . وهذه الاحوال هي .

(١) الاحوال التي ترجع لطبيعة العقد

٢٧٩ - (١) **الالتزام بالامتناع** : بمجرد مخالفة الحظر المأخوذ على المدين يحمل الوفاء حتماً ، وبذلك قالت المادة ١١٤٥ فرنسي . « اذا كان الالتزام خاصاً بالامتناع غن عمل فان الملتزم به يصبح مسئولاً عن التعويضات والفوائد بمجرد حصول المخالفة منه » وهي تقرر قاعدة عامة يجب الاخذ بها

٢٧٩ - (٢) **الالتزام بالاعطاء أو بالعمل اذا كان الشيء الموعود باعطائه أو العمل الموعود بعمله لا يمكن حصولها الا في وقت معين وهو الوقت اللائق لها .** فاذا ارهنا الوقت ضاعت الفائدة المرجوة منها (المادة ١١٤٦ فرنسي) كما اذا وكل شخص محامياً برفع استئناف عن حكم معلن ومضى ميعاد الاستئناف دون أن تعلن عريضته ، أو تعهد ممثل بممثل رواية مع فرقة في ليلة احتفال معينة فلم يحضر ولم يمثل . هنا يحق التعويض دون الحاجة الى انذاره أي اثبات التأخير

ولقد عمل القضاء بهذه المادة ١١٤٦ في أحوال أخرى ظهرت في مجال العمل ذلك أن صاحب مصنع اتفق مع متعهد بنقل البضائع على أن يقوم دائماً بتسليم عربات النقل أولاً بأول بحيث تكون صالحة للعمل في كل وقت . فاذا لم يقم صاحب المصنع بالتسليم يوماً ما وترتب على عمله ضرر لحق بالمتعهد بالنقل جاز لهذا الأخير مطالبة بتعويض ولو لم يسبق ذلك انذار من قبل المتعهد . وذلك كله يرجع الى أن الالتزام بالعمل هنا التزام متكرر ومتابع ولا منتهى من الوقت لعمل تنبيه^(١)

وكذلك أيضا لا محل للانذار فيما اذا كان للمدين بالشئ قد اختلف الشئ واستحال بذلك تنفيذ تعهده

٢٧٩ (٢) — ماله السرقة : السارق لا يحجم القانون ولا يرعاه بالتنبيه. وعمله نفسه منذر له لانه عمل غير مشروع . فهو مسئول حينئذ عن رد الشئ أو ثمنه مهما كانت طريقة ضياعه أو التصرف فيه. دون الحاجة في كل ذلك الى تنبيه^(١) وكذلك الحال بشأن من تسلم شيئا على اعتبار انه دين له وهو يعلم انه ليس كذلك. وتقول المادة ١٣٧٩ فرنسي ما يأتي « اذا كان الشئ الذي صار تسلمه الى المتسلم غيره مستحق له وكان عقارا أو متقولا ماديا يوجب على من استلمه أن يرده بيمينه عند وجوده أو يرد قيمته اذا ضاع أو تلف بسبب تقصيره. وهو كذلك ضامن لضياعه في الحادث الجبري اذا كان قد تسلمه بسوء نية. » وهذا هو ما تقول به المادة ١٤٥/٢٠٦ مدني و ١٤٦/٢٠٧ مدني ويرجع ذلك كله الى أن ما وقع من الشخص المستلم^(٢) يشبه ما يقع من السارق فهو غير جدير بحماية القانون في عمل انذار له

٢٧٩ (٣) — لا محل للتنبيه فيما اذا اتفق بالمقد على وجوب الوفاء بلا انذار (المادة ١٢٣٩ فرنسي للمقدم ذكرها) (وورود هذا الشرط شائع في العقود بحيث أصبح من العبارات المألوفة التي تكتب بنفي عمد) وعلى ذلك يستحق الدين بمجرد حلول الميعاد^(٣) واذا كان الدين مما يجب الوفاء به في محل المدين^(٤) وهو القاعدة العامة للوفاء ، (المواد ١٧٠/٢٣٢ مدني و ١٢٤٧ فرنسي) فان شرط عدم الانذار لا يعفي الدائن من مطالبة مدينه في محل هذا المدين

٢٧٩ (٤) — يستحق الدين في ذمة المدين بلا حاجة الى انذار اذا كان الدين نتيجة جنحة أو شبه جنحة. لان تقصيره لا يشفع له في التمتع بحق التنبيه

٢ — التنفيذ الجبري وامكانه

٢٨٠ — اذا امتنع المدين عن الوفاء ودياً جاز للدائن التنفيذ عليه بواسطة

(١) المادة ١٣٠٢ فرنسيقرة ٤ (٢) accipiens (٣) dies interpellat pro (٤) dette quérable homine

السلطة العامة إما بالحكم أو بالصورة التنفيذية للعقد الرسمي^(١). وفي التنفيذ إما أن يحصل الدائن على الشيء بالذات وهو الذي كان موضوع الالتزام وإما أن يحصل على تمويض وذلك عند الاستحالة. ولقد سبق أن رأينا أن الالتزام يكون إما بعمل شيء وإما بالامتناع عن عمل شيء.

والالتزام عن عمل شيء إما أن يكون خاصاً بتسليم شيء، وإما بالقيام بعمل شيء من الأعمال المادية. فإذا كان خاصاً بتسليم شيء فالفهم أن الملكية انتقلت في الحال إلى الدائن بمقتضى العقد طبقاً للقاعدة القانونية المقررة على خلاف القانون الروماني والقانون الألماني (المادة ٦٧/٤٥ مدني ١١٣٨ فرنسي) وعلى ذلك يجوز للدائن استلام العين نفسها إذا وجدت (المادة ١١٨/١٧٥ مدني) ولا يملك القاضي حق المساس بذلك مطلقاً. وإذا علق نقل الملكية على شرط أو زمن وتحقق الشرط أو حل الزمن وجب الحكم للدائن بالعين نفسها وتسليمها إليه رغم إرادة المدين في التسليم لأن التعهد بالتسليم من قبل المدين في وقت مستقبل لم يخرج عن كونه مظهراً أرادياً^(٢) يجوز أن يحل فيه القاضي محله، بأن يحكم بالنيابة عنه بالتسليم وكذلك الحال أيضاً فيما إذا كان محل العقد شيئاً معيناً من حيث جنسه فقط^(٣) ولا بد فيه من الوزن أو الكيل أو العد عقب العقد مباشرة أو بزمان. ففي هذه الحالة أيضاً يحكم للدائن بهذا الشيء بعد وزنه أو كيله أو عده إذا تحقق وجوده حالاً أو مستقبلاً^(٤) ويسمى هذا كله التنفيذ بالشيء نفسه^(٥) أو التنفيذ العيني^(٦).

هذا فيما إذا أمكن العثور على الشيء بالذات الذي هو موضوع الالتزام. ولكن إذا استحال العثور عليه بأن أضعاه أو أهلكه أو أخفاه المدين أو تصرف فيه فإذا يكون حق الدائن قبل مدونه ؟ في هذه الحالة يستحيل الحق إلى تمويض على مال للمدين وهو ما يسمى بالتنفيذ بالمقابل^(٧).

(١) grosse d'un acte notarié (٢) acte abstrait de volonté (٣) in genere

(٤) ويلاحظ بأنه إذا كانت المادة ٣٠٧/٢٤١ مدني تقول بأنه لا يتم البيع في هذه الحالة إلا بالوزن أو الكيل أو العد فذلك يرجع فقط إلى الهلاك وضمانه أي يكون ملك الشيء على البائع قبل الوزن والكيل والعد (٥) exécution par nature (٦) كتاب التنفيذ للدكتور أبو هيف بك بند ٦ (٧) exécution par équivalent

هذا كله فيما اذا كان الالتزام منصرفاً الى اعطاء شيء. وأما اذا كان الالتزام خاصاً
باجراء عمل مادي ففيه حالتان اما أنه يمكن للدائن نفسه تنفيذه هو على حساب مدينه بحكم
يصدر له بذلك. وإما أنه يستحيل عليه ذلك لأن موضوع الالتزام متعلق بشخص للمدين
ففي الحالة الاولى يجوز للدائن الالتجاء الى القضاء للحصول على حكم لأجل أن
يقوم هو شخصياً بما سبق للمدين أن تعهد به . وفي هذه الحالة يلزم للمدين بالمصاريف
جميعها . فاذا التزم المدين بأقامة حائط ولم يقمها جاز للدائن اقامتها على مصاريف مدينه.
واذا التزم المدين بدم اقامة حائط ثم أقامها جاز للدائن هدمها على مصاريف مدينه
أيضاً^(١) وهذا ما تقوله المادة ١١٧/١٣٣ فقرة ثانية : « ومع ذلك يجوز للدائن أن
يتحصل على الاذن من المحكمة بعمل ما تعهد به المدين أو بإزالة ما فعله مخالفاً لتعهد
مع الزامه بالمصاريف. وهذا وذاك مع مراعاة الامكان بحسب الاحوال » . (والمادة ١١٤٤
فرنسي خاصة بالشطر الاول من الفقرة للصربية هذه - والمادة ١١٤٣ خاصة بالشطر الثاني)
واذا كان التعهد خاصاً بالقيام بعمل قانوني كالوعد بالبيع ولم يف للتعهد بما تعهد
به جاز للقاضي أن يحكم بتوقيع البيع أي يحكم بالملكية للمشتري ويبيح له وضع يده
على المبيع وقد جرى بعض القضاء المصري على اعتبار الوعد بالبيع أنه غير بيع
بخلاف القانون الفرنسي (المادة ١٥٨٩) ولكنه باعتباره غير بيع فانه ينتهي الى
كونه التزاماً في ذاته يكره عليه التعهد به وينفذ عليه ان وجد الشيء او يحكم عليه
بالتعويض عند عدم وجوده (كل هذا مع ملاحظة انه بعد صدور قانون ٢٦ يونيو
سنة ١٩٢٣ الخاص بالتسجيل لا يجوز للقاضي ان يقضى بتوقيع البيع والالتزام بالتسليم
عند عدم تسجيل العقد)

٢٨١ - وإذا كان التزام المدين يرمى الى عدم التعرض للانتفاع وخالف المدين
تعهد جاز الحكم عليه بمنع بالثبوت ، كما يحصل ذلك في عقد الايجار اذ المؤجر ملزم
بحكم القانون أن يحصى المستأجر من تعرض الغير له ، فمن باب أولى أن لا يتعرض له
هو فاذا كان المؤجر لم يسلم العقار بعد الى المستأجر جاز للقاضي أن يحكم بالتسليم أي
يقضى بما كان يقضى به المدين ودياً

(١) راجع في اجراءات هذا الموضوع كتاب التفديد الدكتور ابو هيف بك بند ٧
والحاشية في بند ٦

وأما إذا استحال على الدائن القيام بما تعهد به مدينه كما إذا كان التعهد خاصاً بتمثيل رواية في حفلة انقلب الالتزام الى تعويض يطلبه الدائن الى القضاء ثم ينفذ به الدائن على مال مدينه . والاستحالة اماً مادية كما في حالة الممثل أو استحالة أدبية كعهد ممثل بان لا يمثل خارج المسرح الذي يمثل فيه عادة . فإذا مثل جازمته بالفعل من التمثيل وفاء بالعهد المقطوع عليه . ولكن لما كان في منعه من التمثيل معنى الاعتداء عليه والمساس بحريته الشخصية فلا يقبل مثل هذا التنفيذ ، بل يستأص عنه تعويض يقضى به للدائن^(١)

وتقدير الاستحالة هذه تقدير موضوعي . والامر فيه متروك للقاضي يحكم طبقاً للظروف . وهذا ما قول به العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية للمادة ١١٧/١٧٤ مدني « وهذا وذاك مع مراعاة الامكن بحسب الاحوال . » فجات هذه المادة مؤيدة للنقض الذي كان يرمى اليه واضوا القانون الفرنسي تأييداً لما أخذ به بوتيه^(٢)

وبما مر يرى أن الالتزام بالاعطاء والالتزام بالامتناع لا يستحيل كلاهما الى تعويض دائماً أبداً . لانه قد يجوز التنفيذ بالأصل وعلى نفس الشيء موضوع الالتزام كما قررنا . ومحل التعويض الاستحالة المطلقة للمادية والأدبية . وعلى ذلك تكون المادة ١١٤٢ الفرنسية قد ذهبت بعيداً فيما قررتها اذ قالت : « كل التزام باجراء عمل أو الامتناع عن عمل يستحيل الى تعويض وفوائده عند عدم التنفيذ من قبل المدين » لان محل ذلك عند الاستحالة فقط كما قلنا

٢) الحالة الثانية . التنفيذ بمقابل

أو نظرية التعويض

٢٨٢ - ذكرنا في الحالة الاولى ما يتعلق بالتنفيذ المباشر أى التنفيذ بالشيء نفسه ، وكل ما يرتبط به . ورجعنا في ذلك الى المادة ١١٧/١٧٤ مدني فقرة ثانية .

(١) قارن مارواه للدكتور ابو هيف بك في كتاب التنفيذ من ٨ حاشية ١ ص ١٧ خلا عن جارسون ٤ بند ٨ ص ١٦ من ان محكمة السين في فرنسا حكمت حرة بجواز الالتجاء الى السلطة السومية لمنع ممثل من الظهور على مسرح حكم عليه بالامتناع عن التمثيل فيه (دواه لوران جزء ٢٦ نمرة ١٩٨) وقول الدكتور ان هذا منافق للقانون ، كما قررنا هنا .

(٢) وهو بوتيه الذي سمي أحوال الاستحالة بالالتزامات الخاصة بالاعمال الخارجية والجسائية faits extérieurs et corporels .

وقلنا انه اذا استحال التنفيذ المباشر استحال الالتزام حينئذ الى تعويض^(١) والذي نلاحظه قبل التكلم على التعويض أن الدائن هو بالخيار في حالة عدم قيام المدين بتنفيذ ما تمهد به . وهو اما التنفيذ بنفس الشيء . موضوع الالتزام واما المطالبة بتعويض . فله حق الاختيار بالمطالبة بأحد الاثنين . وهو لا يعيل طلباً الى المطالبة بأحدهما الا إذا وجد فيه مصلحة له (المادة ١١٧ / ١٧٤ مدني فقرة أولى)

وإذا كان التعويض خاصاً بعدم تنفيذ الالتزام بنانا سمي بالتعويض الكامل^(٢) أما إذا كان خاصاً بالتأخير في التنفيذ فانه يسمى بالتعويض عن التأخير^(٣) والقواعد واحدة للنوعين بالنسبة للاصول القانونية . وأما من حيث التقدير فهما يختلفان . وفي حالة التأخير في التنفيذ يلزم المدين بالتنفيذ والزامه بالتعويض نظير التأخير . ولكن متى يصح المطالبة بتعويض ؟ وما هي شروط المطالبة به ؟

١ - شروط المطالبة بالتعويض

يجب توافر الشروط الآتية :

٢٨٢ مكرر - ١) يجب أن يكون التأخير أو عدم التنفيذ بسبب خطأ المدين والمدين مكلف بالاثبات مادام أن المسألة من المسائل التعاقدية . أي على المدين إذا أراد الافلات من التعويض الكلي أو الجزئي أن يقيم الدليل على أن عدم التنفيذ أو التأخير ليس بسبب قصيره . وقال بعض الشارحين بأن التقصير هنا مفروض وجوده في المدين أي يؤخذ ببدأ قرينة التقصير واقتراض حصول الخطأ ما دام أن المدين لم يقم بالتنفيذ . ولكن يظهر أن في بعض أجزاء هذا الرأي شيء من عدم الصحة . لان القاعدة التي يجب الرجوع اليها في الاثبات هي المقررة بالمادة ٢١٤ / ٢٧٨ مدني و ١٣١٥ فرنسي . وهي الاثبات على من ادعى . فلذا كان الالتزام ايجابياً ولم يف به المدين وجب على هذا الاخير اقامة الدليل على أن عدم الوفاء راجع الى سبب خارج عن إرادته كالقوة القاهرة أو الحادث الجبري . وإذا كان الالتزام سلبياً أي تعهد المدين بالامتناع عن

(١) أي ان التنفيذ المباشر هو الاصل ، سواء كان خاصاً بعمل أو بالامتناع عن عمل . ولا يستحيل

الى تعويض الا اذا مس الالتزام بشخصية المدين وحرته : ١٧ فبراير سنة ١٩١٦ م ، تنق ، ٢٨ ، ١٦٢

(٢) dommages-intérêts compensatoires (٣) dommages-intérêts moratoires

عمل وخالف المدين تعهده وجب على الدائن اقامة الدليل على حصول الخافعة
(٢) يجب حصول الانذار أي اثبات التأخير الا اذا اشترط بالمقد عدم حصوله
(٣) يجب أن يكون هناك ضرر^(١) قد لحق بالدائن . واذا كان الدين مبلغاً من
النقود فلا يلزم الدائن باقامة الدليل على حصول ضرر له بل يحكم له بالفوائد بقوة القانون
كما سيتضح مما يلي : - واذا اتفق الضرر في حالة الالتزامات الاخرى غير التي يكون
فيها التعهد بدفع مبلغ من المال فلا يحكم بتعويض . فلذا كلف شخص وكيله برغم
استئناف عن حكم رفعه بعد الميعاد ورفض قبول الاستئناف شكلاً فلا يحكم بتعويض
على الوكيل الا اذا حصل التأكد أمام محكمة التمويض بكسب الاستئناف فيما اذا
رفع في ميعاده^(٢)

وهناك شرط رابع يقول به الشارحون للقانون اقرننى وهو انه لا يجوز للدائن
أن يطالب بالتعويض الا من باب الاحتياط^(٣) اذ يجب عليه أن يطالب بالاصل
أولاً . فاذا قعد التنفيذ بالاصل فقد بالتعويض^(٤) وعلى ذلك اذا طالب الدائن بالاصل
فلا يجوز للمدين دفع الدعوى بتقديم مبلغ من التمويض^(٥) . وحكم القاضى بالاصل
يجب أن يكون شاملاً للحكم بالتعويض عند استحالة التنفيذ بالاصل .

ولكن نسارع الى ملاحظة ان القانون المصري قرر قاعدة مخالفة لهذه القاعدة
التي قررها الشارحون الفرنسيون اذ قرر بأنه اذا لم يتم المدين بلوفاً بكل ما تعهد به
جاز للدائن اما أن يطلب فسخ العقد مع الحكم له بتعويض (المادة ١١٧ / ١٧٣
مدنى نقرة أولى) واما الحكم له بالشيء نفسه اذا وجد (المادة ١١٨ / ١٧٤ مدنى) .
وكذلك في حالة البيع اذا تأخر البائع فى التسليم بعد اذاره فلهمشتري حق المطالبة

(١) préjudice (٢) راجع بند ٤١٠ من كتاب المرافعات للدكتور ابوهيف بك وقد ورد
فيه بالقرائن ما يأتي : أهل احد الحامين في رفع الاستئناف ضد احد المحصور الطلوع رفته عليهم وطلب
الموكل الحكم عليه بالتعويض بالنسبة لتعيب الشخص الذى لم يستأنف ضده فقرأت محكمة الاستئناف
ان ترفض الدعوى بناء على ان الموكل لم يكن من الممكن له ان يكسب الدعوى ضد الشخص الذى
يطعن لان استئنافه ضد الباقين قد رفض بناء على عدم وجود الحق فيه - ١٦ فبراير سنة ١٩١٠ ص ١١
١١ من ٣٦٦ رقم ١١٦ وائمة اخرى وردت في ممرض بيان الشروط اللازمة لقبول الدعوى
على الموموم (٣) subsidiairement (٤) كولين وكاتبان ج ٢ ص ٢٠ الطبعة الثانية
سنة ١٩٢٠ (٥) offres satisfactoires

بالشيء المبيع مع التعويض نظير التأخير ، أو حق المطالبة بالتعويض الكلي (المادة ٢٧٨ / ٣٤٩ مدني) ولكن القانون الفرنسي قرر بالمادة ١٦١٠ مثل ما قرره اتمانون المصري تماماً . وهو تعارض في القانون الفرنسي لاحظته الشارع المصري فلم يقع فيه هذا فيما اذا كان عدم الوفاء كلياً من الدين . وما القول فيما اذا كان جزئياً أى نفذ الدين البعض وترك البعض الآخر ؟ العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ١١٧ / ١٧٣ مدني تشير إلى التعويض فقط عن الجزء الذى لم يحصل التنفيذ فيه ولم تشر الى فتح العقد . ولكن لا يمكن أخذ هذه الجملة على علاقتها في جميع الاحوال . لانه اذا كان التنفيذ الجزئى لا يأتى بالنتيجة المرجوة عند الدائن ، وأنه لولا التنفيذ الكلي ما كان الدائن ليعتقد مع الدين في هذه الحالة يجوز حبساً للدائن طلب الفسخ مع طلب تعويض عن الكل . نقول بذلك أخذاً بما قرره المادة ٣١٠ / ٣٨٤ مدني و١٦٣٦ و١٦٣٨ فرنسي في حالة استحقاق بعض المبيع .

في تقدير التعويض

٢٨٣ — لا يخرج التقدير في التعويض عن الأحوال الاربعة الآتية :

- (١) إما أن يقدره القاضى بنفسه . وهذه هي الحالة العادية .
 - (٢) وإما أن يقدره المتعاقدان بالذات في عقدهما . وهذا ما يسمى بالشرط الجزائى .
 - (٣) وإما أن يقدره القانون من قبل . وهذا يكون في حالة التعويض عند تأخر المدين في دفع دينه اذا كان مبلغاً من المال . والتعويض هنا يسمى تعويضاً عن التأخير .
 - (٤) وإما أن يقدره القاضى على شكل تهديد أو مؤقتاً وهو ما يسمى بالتعويض التهديدى أو المؤقت أو وسائل الاكراه .
- وفي جميع هذه الاحوال لا يخرج التعويض عن كونه مبلغاً من المال . وان كانت هذه القاعدة لم تتقرر بنص صريح في القانون ولكنها مستفادة من نصوصه الكثيرة الخاصة بالتعويض .

١ - فى تعويض القاضى

٢٨٤ - رسم القانون قيوداً خاصة للقاضى عند تقدير التعويض وهذه القيود هى :

(١) يجب أن يتناول التعويض الخسارة^(١) التى عادت على الدائن^(٢) (المادة ١٢١/١٢٩ مدنى و١١٥٠ فرنى)

(٢) يجب أن يتناول أيضاً ما فلت الدائن من الربح^(٣) (المادة المذكورة)
مثلا اذا تعهد مزارع بتسليم تاجر ١٠٠ قنطار من القطن فى ميعاد موسم الأقطان وكان هذا التاجر متعهداً هو الآخر لشركة أجنبية بتوريد أقطان لها فى الميعاد ولم يورد المزارع القطن فاضطر التاجر الى الشراء من الغير وتوريد الأقطان للشركة الأجنبية. ففي هذه الحالة يرجع التاجر على المزارع بما يأتى : أولاً بفارق الثمن بين ما اشترى به من المزارع وما اشترى به من الغير. ثانياً بما كان يربحه التاجر فيما لو ورد قطن المزارع الى الشركة.

(٣) يجب أن لا يخرج التقدير عن الضرر الناشئ مباشرة من عدم الوفاء (المادة المذكورة)^(٤). وهناك مثل معروف يرجع اليه الشارحون المصريون ضربه لهم بوتييه ، وذلك أن تاجراً باع لمزارع بقرة مريضة وهو يعلم بمرضها ولكنه أخفاها على المشتري ولما اختلعت البقرة بأبقار المشتري سرت العدوى الى هذه الأخيرة فماتت فالبائع فى هذه الحالة مسئول عن موت الأبقار لان الضرر مباشر . ولكن اذا كان المشتري قد منع من زراعة أرضه بسبب موت الأبقار وحرّم من الانتاع بهذه الأرض وترتب على ذلك توفيع الحجز عليه من المؤجر فإن البائع لا يسأل عن هذه الاضرار . لانها إضرار غير مباشرة . وذلك لانه ليس من المقطوع به حتماً أن تكون نتيجة فعل البائع . اذ كان يجب على المشتري لأجل عدم حصول الضرر هذا أن يستخدم مواشى أخرى يشتريها أو يستأجرها أو أن يؤجر أرضه للغير . وقد حكم

(١) perte (٢) damnum emergens (٣) gain ou lucrum cessans (٤) conséquence immédiate et directe

القضاء الفرنسي في حالة الضرر المباشر وغير المباشر في مسألة طرحت أمامه . وذلك أن مزارعاً أوصى مصنفاً على عمل آلة بخارية زراعية فوصلته بواسطة السكة الحديدية ولكن أصابها بعض العطب بفعل السكة الحديدية . ولما جرت أمام المزارعين للزراع الموصى عليها ورأوا أنها لا تدور كما يلزم رغبوا عن توصية المصنع في عمل أمثالها . فرفع صاحب المصنع دعوى تعويض على شركة السكة الحديدية يطالبها بتعويض على نوعين : أولاً التعويض نظير الضرر الحاصل بسبب العطب والتلف . وثانياً تعويضاً نظير ما أصيب به من الخمران بالنسبة للآلات الأخرى التي كان ربما يوصى عليها المزارعون المجاورون . فحكم بالأول باعتباره مباشراً ورفض الثاني باعتباره غير مباشر ^(١) .

٤) يجب أن لا يخرج التعويض عما كان يمكن توقع حصوله عقلاً وقت العقد إذا لم يكن هناك تدليس من جانب المدين (المادة ١٢٢/ ١٨٠ مدني و ١٥١١ فرنسي) وهنا ضرب بوتييه المثل الآتي : أجر مؤجر منزلاً يعتقد أنه يملكه وذلك لمدة ١٨ سنة ، وبعد مضي ١٠ سنين جاء المالك الحقيقي وانزع المنزل من المستأجر ^(٢) فعلى المؤجر في هذه الحالة أن يدفع للمستأجر قيمة ما صرفه في النقل الى منزل جديد وما دفعه زيادة عن الإيجار القديم . أما إذا كان المستأجر قد أعد المنزل الاول للتجارة وحاق به ضرر تجاري بسبب النقل فليس له أن يرجع بقيمة الضرر على المؤجر . وكذلك فيما اذا تسبب عن النقل كسر بعض المقولات

٢٨٥ - هذا وما يتباحث فيه القسرون معرفة ما اذا كان من الواجب على المدين أن يتوقع سبب الضرر ^(٣) أو كيانه ^(٤) وكذلك مقداره ^(٥) وقت التعاقد حتى يترتب عن ذلك للدائن حق في التعويض ^(٦) فإذا أرسل مسافر حقيته بالسكة الحديدية وضاعت بها وجب عليها أن تدفع قيمة الحقيبة وقيمة الملابس التي كانت بها . لأنها عند ما استلمت الحقيبة كان المفروض أنها تعرف نوع التعويض

الذى يستلغمه في حالة الضياع . ولكن اذا فرض وأعلم صاحب الحقبة الدليل على أنه كان بها مصاغ ذو قيمة عالية فهل تسأل للسكة الحديدية عن ذلك كله بما فيه قيمة تمويش المصاغ ؟ قرر القضاء الفرنسى قديماً الاكتفاء بشرط للتوقع عن سبب الضرر لا توقع مبلغ للضرر وقيته وربما كان هذا الرأى مطابقاً للاقل والنطق . نعم ان الاصل في التمويش أن يتناول ما وقع بالشخص المضر من الضرر برمته ^(١) . ومما يؤيد ذلك ما قرره المادة ٣٠٧ / ٣٧١ مدنى و١٦٣٣ فرنسى بان قيمة الزيادة في الثمن ^(٢) التى حصلت بعد تعلم الصفقة في البيع تدخل أيضاً ضمن التمويش الذى يلزم به البائع عند استحقاق البيع للغير ^(٣) ومهما بلغت قيمة الزيادة في الثمن ولو الى حد يستحيل معه توقعه من قبل ^(٤) . نعم ان صح ذلك من الوجهة المنطقية الا أنه ليس صحيحاً من الوجهة العملية ومن وجهة العدالة . ويجب الاخذ بنقيضه . وقد عين أحد أميرة الرومان الحد الاقصى للتمويش في مثل هذه الحالة بحيث لا يزيد عن ضعف الثمن . وجرى الشارع الفرنسى أخيراً على هذا النحواذ قرر بقانون ٨ ابريل سنة ١٩١١ أن أصحاب الفتلاد لا يلزمون بتعويض أكثر من ١٠٠٠ ف بسبب ضياع نقود أو أوراق أو مصاغ المسافرين الذين لم يودعوا هذه الاشياء أمانة عند أصحاب الفنادق (انظر المادة ١٩٥٣ المعدلة بذلك القانون) . فاذا كان البدأ التشريعى الرومانى هو وضع حد للتعويض وكذلك التشريع الفرنسى في الوقت الحاضر أفلا يكون من العدل والقانون أيضاً أن يقال في حالة المسافر الذى أرسل حقبيته بالسكة الحديدية أنه قد أخطأ هو الآخر وقصر في أنه لم يخبرها بالقيمة الاستثنائية للأشياء الثمينة الموجودة داخل الحقبة ؟ العدل والقانون يقضيان بذلك . أما القانون فلأن هناك خطأ مشتركاً ^(٥) وقع من جانب السكة الحديدية ومن جانب المسافر . ولما من حيث العدالة فان في عدم التحديد خراباً علجلا لمن جعل قيمة الشيء المرسل . ولقد أصاب القانون الالماني عند ما أخذ بهذه النظرية الاخيرة (المادة ٢٥٤ بقرة ٢ من القانون للندى الالماني)

(١) *damnum emergens* (٢) *plus-value* (٣) *éviction* (٤) د' ٩٠٤

١٣٠٢٥٢ - س' ٢٠٩٠٢٥٩٠٣٤ *faute commune* (٥)

أما القضاء الفرنسي في الوقت الحاضر فقد عدل عن رأيه الاول وأخذ يخفف من وطأة شدته وجرى على الاخذ بالمذهب الثاني العملي العادل : ذلك انه قرر أخيراً^(١) بأنه لا يجوز للسافر أن يطالب السكة الحديدية بتعويض مقابل قسمة الاشياء التي كانت بحقيته الضائعة اذا ظهر أن هذه القيمة أكثر بكثير مما يحمله مثله عادة ولأنه كان من الواجب عليه اخبار السكة الحديدية بهذه القيمة وقت الشحن خصوصاً وإنه قد جرت العادة بأن يكون لكل قيمة أجر يرتفع كلما ارتفعت القيمة

٢٨٦ — كل هذا فيما اذا كان التقصير المنسوب للمدين غير مشوب بالتدليس كما قررت المادة ١٢٢ / ١٨٠ مدني و١١٥١ فرنسي أما اذا كان قد وقع التقصير بالتدليس فالمفروض من طريق الاستنتاج ان المدين يصبح مسئولاً عن جميع التعويض ويحرم حينئذ من الشرطين الثالث والرابع أى يلزم بالتعويض غير المباشر وبالتعويض الذي لم يكن محتملاً . ولكن الشارع احتاط للأمر ورأى أن في اطلاق التعويض من هذين القيدين معاً أمراً مذهباً للعدالة . لذا قرر الشارع الفرنسي بالمادة ١١٥١ بأن المدين لا يلزم في هذه الحالة الا بالتعويض المباشر فقط : قال : « حتى لو كان عدم تنفيذ الالتزام ناشئاً عن تدليس المدين فإنه لا يجوز أن يتناول التعويض عن الخسارة التي أصابت المدين والكسب الذي حرم منه ، الا ما كان نتيجة مباشرة لعدم تنفيذ الالتزام » . أى ان المدين لا يلزم الا بالتعويض المباشر فقط لا غير المباشر ويحرم من حق الشرط الرابع .

وقال بعض الشارحين في تعليل هذه التفرقة ان مسئولية الاول ترجع لنظرية المسئولية التعاقدية^(٢) فالتعويض فيها خفيف . وأما مسئولية الثاني فانه ترجع للمسئولية الناشئة عن الخطأ^(٣) والتعويض فيها جسيم . ويقول البعض الآخر بعدم صحة هذه التفرقة من الوجهة القانونية بين المسئولين . اذ المسئولية واحدة فيهما وأساسها العقد لان المدين مخطئ في الحالتين فهو مسئول ما دام انه لم يحم العناية اللازمة في مصلحة الدائن . أى انه مكلف في الاصل بالعناية بالدائن ووقايته من الاضرار التي توقعت

(١) ١٩١٣ د ٣٤١٥١ - س ١١٧٥١٥٩١٦٠ (٢) responsabilité con-

tractuelle (٣) responsabilité délictuelle

وقت العقد أو التي كان يمكن توقعها وما كان مكلفاً لحمايته عن الاضرار التي لم يكن في الحسبان التدبُّر بها^(١) هذا فيما اذا كان حسن النية . أما اذا كان سيء النية وعمل من طريق التدليس ازاء دائئه فانه يصبح مسئولاً عن جميع التعويض ويرمته لانه مسئول في الاصل عن جميع الاضرار الناشئة عن عدم قيامه بتنفيذ التزامه اذ المدين ملزم في الاصل أن يعمل دائماً بحسن نية قبل دائئه

٢٨٧ - أما الشارع المصري فانه لم ينقل المادة ١١٥١ الفرنسية بل قرر قاعدة التعويض في المادة ١٢٢ / ١٨٠ مدني بشأن المدين حسن النية . وربما يستفاد من طريق لاستنتاج العكسي ان المدين سيء النية يحرم من الشرطين الثالث والرابع أي يصبح مسئولاً عن الضرر غير المباشر وعن الضرر الذي توقع حصوله والذي لم يتوقع حصوله وقت العقد . وهذا لا يقبله العقل وثأباه العدالة . وثأباه أيضاً تفسير المادتين ١٢١ / ١٧٩ و ١٢٢ / ١٨٠ مدني من طريق تكميل احدهما للأخرى اذ ان المادة ١٢٢ / ١٨٠ لم تشر الا الى الشرط الرابع بشأن المدين حسن النية ، أي ان المدين سيء النية يحرم من هذا الشرط قط . وأما الشرط الثالث وهو الخاص بمباشرة الضرر من أجل التعويض فلم تشر اليه وعلى ذلك فلا يحرم منه .

على أننا نقول بأن التفرقة هذه مسألة موضوعية أكثر منه قانونية اذ انه مهما بلغت دقة الشارع في رسم قيود للقاضي في التعويض يقبده بها وقت التقدير فان لدى القاضي من حرية التقدير ما قد تزول معه هذه اللوائح

في تعويض الماعدين

أو في الشرط الجزائي

§ ١ - كلمة عامة

٢٨٨ - الشرط الجزائي^(١) هو التعويض الذي يشترطه الماعدان في العقد ويقدرانه بنفسهما عند عدم القيام بتنفيذ الالتزام أو عند حصول التأخير في الوفاء^(٢) وتلتجىء عادة الى هذا الشرط الجزائي المصالح الاميرية أو الشركات التجارية المكلفة بالنقل . تفعل ذلك مصلحة السكة الحديدية ومصلحة البريد وقد تدر تعويضاً بلوائحها عند حصول الضياع بحيث لا يقبل تعديلاً من طريق النزاع بينهما وبين المرسل فيما بعد

وكذلك يلتجىء اليه صاحب المصنع أو رب العمل في توقيع جزاءات مالية أى غرامات على كل من يرتكب مخالفة للوائح الداخلية للمصنع ويرد هذا النص في قوائم الشروط^(٣) في العقود الخاصة بالأعمال العامة^(٤) وذلك بالزام من يرسو عليه الزاد^(٥) بدفع غرامة مقدرة من قبل عن كل يوم يحصل فيه التأخير بالوفاء الكامل

وقد اعتاد الافراد أيضاً للاخذ بمثل هذا الشرط الجزائي في أعمالهم الخاصة باشتراط التوريد في مواعيد معينة وفي أعمالهم الخاصة بالمعارات أو المباني ومحو ذلك

(١) clause pénale (٢) كابتان من ٢٤ - بلانول من ٨٨ ن ٢٥٣ وما بعدها
والشرط الوارد بالمقد بانه في حالة التأخير عن دفع قسط من الاقساط تحمل الاقساط الاخرى فلا يعتبر شرطاً جزائياً يجب فيه الانذار بل هو شرط فاسخ : المحلة ٤ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٥١٠
من ١٩٥ واستئناف ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ المحل ٢ من ٣٨٦ عدد ١٢٢ . انظر عكس ذلك
كفر الشيخ ٢٨ مايو سنة ١٩١٨ م ١٠٠ ، ٢٠٠ من ١١ وفيما اذا كان الشرط الجزائي يمتد في
مقام العيون في البيوع انظر طنطا الكلية ١٧ يناير سنة ١٩٢٢ المحل ٣ من ٨٢ عدد ٥٢ -
وفيما اذا كان يعتبر عملاً مطلقاً على شرط انظر مصر الكلية ١٥ يناير سنة ١٩٢٣ المحل ٣
من ٣٤٩ عدد ٢٧٣ (٣) cahiers des charges (٤) marchés des travaux publics (٥) adjudicataire

٢٨٩ - وربما يتبادر الى ذهن وجود شبه بين الشرط الجزائي المعروف في القوانين الحاضرة والمشاركة على الغرامة^(١) التي كانت معروفة عند الرومان . والحقيقة ان لا تشابه بينهما وذلك لان المشاركة على الغرامة الرومانية كانت مقررة بطريقة قانونية ذات اثر قانوني غير هذا الاثر المعروف الآن . اذ من المعلوم أن التمسك المجرد^(٢) لا يحدث أثراً قانونية عند الرومان الا اذا أفرغ في قالب المشاركة^(٣) بأوضاعها وقبورها المعروفة . لذا التجأ الرومان الى المشاركة على الغرامة^(٤) حتى يرتبوا بذلك آثاراً قانونية للتمسكات التي لا يكون لها بدون المشاركة على الغرامة آثاراً قانونية في نظر القانون المدني الروماني البحت^(٥) فالمشاركة على الغرامة الرومانية لم تخرج حينئذ عن كونها وعداً أصلياً بالغرامة معلقاً على شرط^(٦) . فاذا تحقق الشرط وهو عدم القيام بالالتزام المرجو في الاصل استحققت الغرامة . أما الشرط الجزائي في الوقت الحاضر فليس له من التعليل الموضوعي والقانوني ما كان لتظيره الروماني . اذ هو يرجع اليه باعتباره شرطاً عرضياً للعقد الاصيل ويقدّر فيه التعويض السكامل^(٧) أو التعويض التأخيري^(٨) تقديرأ تقريباً نظرياً^(٩) بمعرفة العاقدين وقت انعقاد العقد . وهذا هو ما قرره المادة ١٢٢٩ مدني فرنسي فقرة أولى بما يأتي : « الشرط الجزائي هو ما يقابل الضرر الذي يصيب الدائن بسبب عدم تنفيذ الالتزام الاصيل »

٢٨٨ - في أركان الشرط الجزائي وشروطه

٢٩٠ - أركان الشرط الجزائي هي : الخطأ والضرر

(١) الخطأ :- لايجل الشرط الجزائي الا بخطأ المدين لأنه لم يخرج عن كونه تعويضاً مقررأ من قبل^(١٠) . وفلت المدين منه اذا أثبت قوة قهرية أو حالة جبرية . فاذا تعهد مزارع بتوريد ١٠٠ قنطار قطن لتاجر واشترط على نفسه شرطاً جزائياً عن كل قنطار في حالة عدم التوريد أو التأخير ثم جاءت آفة سحابة أو طبعية وأسكت الزرع ولم

(١) stipulatio poena (٢) promesse abstraite (٣) stipulatio poena (٤) promesse principale de peine sous condition (٥) jure civile (٦) dommages-intérêts moratoires (٧) dommages - intérêts compensatoires (٨) évaluation forfaitaire (٩) (١٠) استئناف ٢٣ فبراير سنة ١٩٢٢ م ت ق ٣٤٠ ١٩٩

٣ - الشرط الجزائي والالتزام البدلي

٢٩٢ - هل يعتبر الشرط الجزائي التزاماً بدلياً بالنسبة للمدين فيختار ما يشاء الوفاء به ، إما الالتزام الاصلى واما دفع التعويض للقرر بالشرط الجزائي ؟ أم أن الالتزام بالنسبة للدائن فيختار هو ما يشاء ، إما طلب الالتزام الاصلى بالدات وإما طلب تعويض ؟ فى ذلك تفصيل سنبينه :

ورد بالمادة ١٥٢ مدنى مختلط الفقرة الآتية وهى لم ترد بالمادة ٩٨ مدنى أهلى هذه الفقرة هى : « . - . انما يجوز على الدوام للتمهد منع هذا الخيار بقيامه بوفاء التمهيد الاصلى بتمامه ما لم يكن التمهيد الجزائى منصوباً على وجوبه لمجرد التأخير . » فبعد أن اشتركت المادتان ٩٨ أهلى و ١٥٢ مختلط فى جمل الدائن بالخيار ان شاء طلب تنفيذ الالتزام بالاصل أو طلب تنفيذ الشرط الجزائى ، اذ اتحدت المادتان المختلطتان بحكم جديد . وهو قطع خط الرجعة على الدائن فى هذا الاختيار وتطيل مزيته لديه اذا فضل المدين تنفيذ الالتزام الاصلى دون التمهيد الجزائى . وأول ما يلاحظ على هذا الشنوذ التشريعى بالنسبة للتشريع للمصرى من الوجهة الشكلية هو سوء اختيار وضع هذه المادة المصرية ١٥٢/٩٨ اذ وردت بعد الالتزامات البدلية ^(١) الواردة فى المادة ٩٦ و ٩٧/١٥٠ ، و ١٥١ وهذا ليس محلها كما لاحظ ذلك بحق « دى هلس » ^(٢) لان الالتزام البدلى هو الالتزام الذى يجعل للمدين ملزماً بالوفاء بأحد الشئتين أو أحد الثلاثة أو أكثر ، للينة بالمقد . وينتهى الالتزام بهذا التنفيذ كما اذا التزم زيد لدى بكر إما بتوريد حصان وإما بدفع مبلغ ١٠٠ جنيه ^(٣)

(١) obligations alternatives (٢) دى هلس ج ١ ص ١٦٥ و ١٦٦ (٣) وذلك يكس الحالة فى الالتزام التخيري obligation facultative وهو الذى يكون فيه محل المقد واحداً ولكن يجوز للمدين مع ذلك ان يترأ ذمته منه اذا وفى بشئ آخر . كما اذا تعهد زيد لدى بكر بتوريد حصان . - ولكن حفظ زيد لنفسه الحق فى ان يدفع مبلغ ١٠٠ جنيه اذا اراد ان لا يورد الحصان . - وأما الالتزام بالمجموع obligation conjonctive فهو ما يلتزم فيه المدين بالوفاء بشئتين أو أكثر معاً ، كما اذا تعهد زيد لدى بكر بأن يورد له حصاناً ويدفع له فى آن واحد مبلغ ١٠٠ جنيه . - كما بان ص ١٧٤ . ونلاحظ هنا أننا ترجعنا كلمة alternative بالبدلى وكلمة facultative بالتخييري وهى الترجمة التى تراها متفق مع الالفاظ الفرنسية . ولقد خالفنا فى ذلك فتحى زغلول باشا .

أما الالتزام مع الشرط الجزائي فلا يسي التزاماً بدلاً لأن الجزاء^(١) الوارد به لم يكن على اعتبار أنه طريقة في الوفاء بل هو مؤاخذة للمدين^(٢) على عدم قيامه بتنفيذ التزامه^(٣).

٢٩٢ مكرر - هذا من الوجهة الشكلية وأما من الوجهة الفنية القانونية فإن قطع خط الرجعة هذا على حق الدائن في الاختيار بين طلب التنفيذ بالأصل أو التنفيذ بالشرط الجزائي، قد جاء معطلا لهذا الحق الاختياري بحيث يصبح للمدين وهو نفسه صاحب حق الاختياري، ولا اختيار له لأنه يجوز للمدين اختيار التنفيذ بالأصل في الوقت الذي يطلب منه الدائن التنفيذ بالشرط الجزائي

وقد جاءت هذه الفقرة بالقانون المختلط شذوذاً للقاعدة العامة الأصلية التي اتبعها الشارع المختلط والشارع الاهلي في جعل حق الاختيار دائماً بيد الدائن سواء كان هناك شرط جزائي مقرر بالمقد من قبل كما في المادتين ١٥٢ مختلط فقرة أولى والمادة ٩٨ أهلي أم لم يكن هناك شرط جزائي بالمرّة كما ورد بالمادة ١١٧/ ١٧٣ مدني . نعم وإن كانت هذه الفقرة الثانية للمادة ١٥٢ مختلط تعتبر شذوذاً من الوجهة التشريعية في القوانين المصرية من أهلية ومختلطة لورودها في قانون دون القانون الآخر إلا أنها في مصلحة للمدين الذي نجب حمايته وكان يجب أن ترد بالقانون الاهلي ولكن ما دامت لم ترد فيه فن للمستحيل تحريرها به

هذا ونلاحظ أن الشارع يميل الى التنفيذ بالأصل كما أباح ذلك للدائن بالمادة ١١٨/ ١٧٥ مدني . وقد سبق لنا أن لاحظنا أيضاً أن الفقه الفرنسي يرى ضرورة الزام الدائن بالمطالبة بالأصل فإذا أعوزه ذلك طالب بالتعويض

حيث ترجم هو العكس فأرسل كلمة التخيري للكلمة الفرنسية alternative وأرسل كلمة البدلي لكلمة facultative . ولذلك سمي الالتزامات التخيرية مانسبه نحن بالالتزامات البدلية . وسمى هو الالتزامات البدلية مانسبه نحن بالالتزامات التخيرية . ولكن التعريف لكل منهما صحيح عندنا وعندنا وإنما الخلاف فقط في ترجمة الالفاظ الفرنسية . ولأزلنا نستدعي أن كلمة facultative تشير ختمالي الاختيار والتخيير بخلاف كلمة alternative فأنها تشير الى البدل على عكس ما ذهب اليه فتحي باشا . - شرح المدني ١٥٦ - ١٥٧ . و ص ١٥٨ ، ١٥٩

(١) peine (٢) punition (٣) كما أنه لا يعتبر التزاماً تخييرياً ولا التزاماً بالمجموع

§ ٤ - في قوة الشرط الجزائي ونفاذه على المعاقدين

٢٩٣ - ينفذ الشرط الجزائي على المعاقدين ولا يملك القاضي للسّاس به لا بالزيادة ولا بالنقص (المادة ١٢٣/١٨١ مدني و ١١٥٢ فرنسي) وقد أخذت هذه القاعدة دوراً هاماً في التشريع والقضاء هنا وهناك . قرررها القضاء في مواطن عدة باعتبار أن المعاقدين هما اللذان حكما بهذا المبلغ التعريبي الظني وهما أدري من القاضي بما يقع بهما من الضرر . وعقد هما هو قانونهما^(١)

٢٩٤ - هذه هي القاعدة المقررة الآن تشريعاً وقضاءً . ولكن جرى علماء القانون الفرنسي قبل سنة ١٨٠٤ على الاخذ بالرأى العكسي وأجازوا تعديل التعويض للمتفق عليه بالمقعد . وقال في ذلك بوتييه بأنه من الممول به في زمنه انه اذا تبين بان الجزاء مغالى فيه^(٢) جاز تعديله بمرقة القاضي . وحجته في ذلك كجواقة عليه أيضاً دومولين^(٣) « انه مما يتعارض مع طبيعة هذا الشرط أن يتعدى هذا الاخير الحدود الذي عينها القانون للتعويض . » ثم ختم ذلك بقوله ، وهو متأثر بمطابقة العدالة^(٤) بأن المدين وقت تماقده يرضى في الغالب بالمبلغ الذي تعين بمثابة شرط جزائي « وهو واثق في نفسه ثقة كاذبة بأنه لا يخل بما التزم به ، فهو يظن انه لا يعمد بشيء عند ما يقبل هذا الشرط بالمقعد » ولذا قالوا إنه من العدل تخفيض هذا التعويض التعاقدى عند الضرورة وكما لوحظ فيه خروجه عن حد العدالة

٢٩٥ - وقد تأثرت بعض الشرائع الحاضرة بهذا الرأى الذي قلل به بوتييه ودومولين فلجاز قانون الالتزامات السويسرى (المادة ١٦٣ قرة ٣) والقانون المدني الالماني (المادة ٣٤٣ قرة أولى) للقاضي حق تخفيض الشرط الجزائي اذا تبين له بأنه مغالى فيه كما انهما اجازا له أيضاً حق الحكم للدائن بتعويض أكبر اذا كان تعويض الشرط الجزائي أقل بكثير من حقيقة الضرر الواقع (المادة ١٦١ قرة ثانية من القانون السويسرى للالتزامات . وللمادة ٣٤٠ قرة ٢ من القانون المدني الالماني) ويلاحظ

(١) la convention fait la loi des parties (١١٤ فرنسي) (٢) peine excessive

(٣) Dumoulin (٤) équité

على هذا التشريع أنه بهذه الاستثناءات قد قضى على قاعدة الشرط الجزائي اذ لا معنى لاشتراطه بالعقد اذا كان معرضاً للزيادة والنقص

٢٩٥ ككرر - القضاء المصري: اختلف القضاء المصري في احكامه: فلو تأخذ بلزادة

١٢٣/١٨١ كما هي فيقضى بالشرط المقرر بالعقد دون النظر الى أى اعتبارات أخرى تحقق الضرر أو لم يتحقق. (١) وطوراً لا يحكم بالشرط الجزائي الا اذ تحقق له الضرر وفي هذه الحالة ليس له حق تعديله (٢) وأنا لا يحكم بتعويض ما الا اذا تحقق له الضرر اولاً، وثانياً يعدل من قيمة الشرط اذا وجد ميزان التناسب مختلاً بين هذا الشرط (أى التعويض الخيالى) وبين التعويض الواقع (أى التعويض الحقيقى) ولكل رأى أدلة يرجع اليها في تقريره

٢٩٥ / رأى القضاء المختلط في دوائره المجتمعة: ولما اشتهد الخلاف بين هذه الآراء

المتناقضة وخيف منها أن تهيض له المادة ١٢٣/١٨١ مدنى عرض الامر على الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف المختلطة طبقاً للقانون الصادر في سنة ١٩٠٦ فقررت هذه الدوائر بتاريخ ٩ فبراير سنة ١٩٢٢ (٣) المبدأين الآتين :

(١) رغم تعيين قيمة التعويض بالعقد ومع كون هذا التعيين جاء في صورة الشرط الجزائي فللقاضى مع ذلك أن يبحث عما اذا كان قد اصاب الدائن ضرر بسبب عدم تنفيذ العقد أو لم يصبه ضرر ما. ولما كان القاضى ملزماً في الحالة الاولى بالحكم بالتعويض المقرر بالعقد دون اللجوء به زيادة أو نقصاً فانه يجب عايه في الحالة الثانية أن يرفض الحكم بأى تعويض

(٢) واذا كان التعويض مقدراً بالعقد عند عدم التنفيذ أصبح القاضى بمقتضى المادة ١٨١ ممنوعاً من الحكم بمبلغ أقل الا اذا كان عدم التنفيذ خاصاً بمجزء من الالتزام

(١) كتاب قضاء المحاكم الاهلية ١٩٠٠-١٩٢٠ ص ١٧١ ن ٧٨١ م ت ق ١٩٥
١٢٩ ٥ - بنى سوبف الكمية في ٢٥ يناير سنة ١٩٢١ المظامة ٢ ص ٣٤٩ عدد ١١١
(٢) قضاء المحاكم الاهلية ص ١٧١ ن ٧٨٠ - م ت ق ١٢٠، ١٢٠، ٣٤٩ - ٢١، ٢٩٥ -
٢٥ ٢٠٦٥ - النيابة ٣ اكتوبر سنة ١٩٢٢ المظامة ٣ ص ١٨١ عدد ١٢٩ - استئناف
١٤ ماي سنة ١٩٢٣ المظامة ٤ ص ٣٣ عدد ٢٧ (٣) م ت ق ٣٤٥ ١٥٥

أي أن القضاء المختلط رأى الأخذ بالرأي القائل بضرورة البحث عما إذا كان هناك ضرر أم لا . فإذا تحقق الضرر وجب الحكم بالشرط الجزائي كله لا أقل . وإذا اتفق الضرر فلا محل للتعويض . وحجة هذا الرأي (راجع أسباب الحكم المذكور) أن الشرط الجزائي تعويض فهو خاضع لسلطان القيود القانونية الخاصة بالتعويض أي أنه يجب معرفة ما إذا كان الضرر قد وقع فعلاً أم لم يقع . لأنه يستحيل على الشارع أن يكون قد أراد بالمادة ١٨١ مدني مختلط أن يستحق التعويض مهما كانت الأحوال وقع الضرر أم لم يقع . ووجه الاستحالة أنه ليس من المنطق أن يقر الشارع القاعدة الجزائية في أن لا تعويض الا عند حصول الضرر ، ثم ينسب له في وقت واحد أنه يقر قاعدة أخرى على نقيضها وهي تعويض بلا ضرر أي التزام بلا سبب .

وهذا التعليل القانوني من جانب الدوائر المجتمعة المختلطة تعليل صحيح قانوناً لا غبار عليه . الا أن للسألة لم تطرح بعد أمام الدوائر المجتمعة الأهلية . وقد تأيد هذا المذهب بالقضاء المختلط فيما بعد^(١) . وبالقضاء الاهلي لانه يظهر أنه قد تأثر به^(٢)

§ ٥ - في خصائص الشرط الجزائي

٢٩٦ - هذه الخصائص هي :

(١) - رأينا أن الالتزام مع الشرط الجزائي لا يعتبر التزاماً بدلاً كما توهم المادة ٩٨/١٥٢ مدني وكما توهم المادة ١٢٢٨ فرنسي أيضاً . بل معنى الاختيار فيه أن الدائن في حل من طلب الزام المدين بتنفيذ التعهد الأصلي أو الزامه بالتعويض كل ذلك فيما إذا كان المدين لم يقيم بتنفيذ ما تعهد به أصلاً . وهذا على خلاف القانون للمدني الألماني الذي قرر في المادة ٣٤٠ أن الالتزام مع الشرط الجزائي هو التزام بدلي^(٣) . ولكن ألا يلاحظ أن حق الاختيار المقرر للدائن ربما يمارض مع ماقرره رجال الفقه الفرنسي - بالنسبة لقانونهم لا بالنسبة للقانون المصري - من أنه عند عدم قيام المدين بتنفيذ تعهده لا يجوز للدائن مطالبته بالتعويض أولاً ، وهو التعويض

(١) استئناف م ٢٣ فبراير سنة ٩٢٢ م ت ق ' ٣٤ ' ١٩٩٠ . ٣١ ديسمبر سنة ٩٢٣ م ت ق ' ٣٦ ، ٧٥ (٢) استئناف ١٤ مايو سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ ص ٣٣٤٣٢٧ (٣) راجع تفسير هذه المادة الالمانية بترجمة القانون الالماني والتطبيق عليه بواسطة لجنة التشريع الاجنبية بوزارة الحفائية بباريس ج ١ ص ٤٨٦ - ٤٨٨

غير المقرر بالمعقد بل الذي يقرره القاضي ، إنما يجب عليه أن يطالب بالتعهد الأصلي أولاً ثم يطالب بالتعويض على سبيل الاحتياط ثانياً^(١) ؟ نمر على هذه الملاحظة سراعاً اذا لا نرى مسوغاً قانونياً يحظر الاختيار اذا كان التعويض غير مقدر بالمعقد ثم يبيحه اذا تقدر بالمعقد . ويخشى في هذه الحالة أن يتصل الالتزام بالمصطحب بالشرط الجزائي مع الالتزام البدلي ، وهذا هو الذي وقع فيه الشارع المصري عند ما أساء وضع المادة ١٥٢/٩٨ مدني . على أن الخوف من خلط الاثنين قد زال كما يننا ذلك في مكانه ٢ لا يجوز الجمع بين طلب التنفيذ بالتعهد الأصلي وطلب الحكم بالتعهد الجزائي لان الالتزام مع الشرط الجزائي لا يعتبر من الالتزامات بالمجموع^(٢) وذلك ما قرره المادة ١٢٢٩ ققرة ٢ فرنسي وهو حكم علم .

- (٣) في الغاء التعهد الأصلي لفسخ الشرط الجزائي . وليس في الغاء الشرط الجزائي الغاء للتعهد الأصلي (المادة ١٢٢٧ فرنسي) وهو حكم علم أيضاً
- (٤) لا يقضى بكل الشرط الجزائي اذا حصل الوفاء ببعض الالتزام^(٣)
- (٥) يصح الحكم بالشرط الجزائي وتعويض اذا اشترط ذلك بالمعقد^(٤)
- (٦) الشرط الجزائي لا يحول دون طلب تعويض آخر غير مقرر في العقد^(٥)
- (٧) وان كان العقد قانون المتعاقدين الا أنه يجب تفسيره بما يطابق اغراضها . فاذا اشترط بعقد ايجار أن مالك الأرض يصبح مالكاً للزراعة عند نهاية الايجارة فلا يعتبر ذلك شرطاً جزائياً اذا لم يتحقق حصول ضرر ويعتبر الشرط باطلاً^(٦)

في تعويض القانون

أو في نظرية الفوائد أو التعويض عن التأخير

٢٩٧ — إذا كان أصل التعهد مبلغاً من المال ولم يقر للدين بالوفاء في الزمن

(١) كولين وكوبتان ج ٢ ص ٢٦ (٢) obligation conjonctive (٣) استئناف ١١ يونيو سنة ١٩٠٨ م ت ق ٢٠ ، ٢٧٠ — استئناف ٤ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ر ١٤٥ ٣٣ والشرط الثاني من حكم الدوائر المتبعة المختلطة الوارد في نيف ٢٩٥ (٤) م ت ق ٢٢ ، ٢٩٠ (٥) م ت ق ٢٨٥ ٢١٥ (٦) استئناف ٢١ يناير سنة ١٩٢٢ م ر ٢٤٥ ٥٣

المضروب قضى للدائن بتعويض قرره القانون بنسبة واحدة مضطردة في جميع الاحوال وهو ما يسمى بالتعويض التأخيري^(١) أو الفوائد^(٢) وهذا التعويض هو على خلاف التعويض الكامل المادي^(٣) ولكل واحد منهما قواعد واصول تخالف الأخرى . وقد تكلمنا عن التعويض الكامل

وقواعد التعويض التأخيري وردت في المواد ١٢٤ - ١٢٧ / ١٨٢ - ١٨٧ مدني المعدل بعضها بذكرتو ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٢ والمادة ١١٥٣ فرنسي المعدلة بقانون ٧ ابريل سنة ١٩٠٠

§ ١ في الاصول القانونية لنظرية الفوائد

٢٩٨ - الاصول القانونية المقررة لاجل المطالبة بالفوائد هي :

اولا اعفاء الدائن من اثبات الضرر أو القرينة القانونية التي لا تقبل دليلا عكسيا على مصول الضرر^(٤) : لا يلزم الدائن باقامة الدليل على حصول ضرر له من جراء عدم دفع الدين في ميعاده . ولا يقبل من الدين نفسه إقامة الدليل على عدم حصول أى ضرر ما للدائن أى ان هناك قرينة قانونية لا تقبل الدليل العكسي^(٥) بل يجب الحكم بالفوائد على كل حال (المادة ١١٥٣ فقرة ٢) لان القانون قد جعل ذلك قرينة قانونية لا تقبل الدليل العكسي بأى حال من الاحوال . والسبب في ذلك أن الدائن في حرمانه من الحصول على مبلغه يتحمل حتما من الخسارة بتدبر الفوائد لانه إذا حصل على دينه أمكنه وضعه في أحد المصارف المالية ليستغله بالفوائد وهذا السبيل أقرب وسائل الاستغلال لديه ، إلا اذا استعمله في طرق استغلالية أخرى^(٦)

والفروض هنا ان الدين مقصر أى أنه ارتكب جنحة التقصير أو الخطأ في تأخير الوفاء . ولذلك يجوز له اقامة الدليل على أن السبب في عدم الوفاء في اليعاد راجع الى غير

(١) dommages-intérêts moratoires (٢) intérêts (٣) dommages-intérêts matériels (٤) Présomption irréfutable de préjudice (٥) intérêts compensatoires (٦) présomption juris et de jure

ارادته كما يحصل في حالة قهرية أو حالة جبرية . وفي هذه الحالة لا يلزم بأى شئ ، على سبيل الفوائد

٢٩٩- تأنيب التعديل في التعويض عن التأخير نظرياً أو تنصوريّاً

يرجع الشارع في تقدير هذه الفائدة القانونية ^(١) الى الظن والتقدير التقريبي ولكنه تقدير دائم لا يتغير مطلقاً مهما بلغ الضرر الذي حل بالدائن . قل بذلك مشرعو فرنسا قبل وضع قانون نابليون سنة ١٨٠٤ ومن بينهم بوتييه وحجتهم في ذلك ان استغلال المبالغ المالية يحصل على طرق مختلفة وتختلف فيه المكاسب باختلاف طرق الاستغلال وامتداد الاشخاص والظروف . فلذا ترك أمر تقدير التعويض حراً في كل حالة من الاحوال طال الجدل واصبح من الصعب الفصل فيه . لذا رأوا ضرورة تعيين هذه الفوائد بمقدار لا يتغير . وتقابل الفوائد مقدار ما كان يربحه عادة صاحب المال فيما اذا استغله في مصرف مالى

على أن هذه القاعدة المتقدمة لم تبقى على حالة واحدة بل اعترتها تعديلات جديدة قرر تها بعض القوانين . وديانه:

(١) كان القانون اللدنى المختلط الصادر سنة ١٨٧٥ يقرر بالمادتين ١٨٣ و ١٨٤ بان تقدير الفوائد المدنية والتجارية يرجع لمحضر تقدير القاضى بحيث لا يتجاوز تقديره ١٢ ٪ . وقرر في المادة ١٨٥ أن الفوائد المتفق عليها بالعقد لا يجوز أن تزيد عن ١٢ ٪ . دون ان تبين ما اذا كان ذلك خاصاً بالاحوال المدنية فقط دون التجارية . ولكن يفهم من هذا الاطلاق ان هذه الفوائد ١٢ ٪ . عامة على الاحوال المدنية والتجارية معاً ^(٢) . وقرر في المادة ٨٢ مدنى الواردة بباب عارية الاستهلاك والايرادات المرتبة بان الفوائد المتفق عليها لا تزيد عن ١٢ ٪ .

ولما جاء الشارع الاهلى سنة ١٨٨٣ ووضع القوانين الاهلية قرر في المواد ١٢٤ و ١٢٥ ان الفوائد المدنية هي ٧ ٪ . والفوائد التجارية ٩ ٪ . ولا يجوز أن تزيد الفوائد المتفق عليها بالعقد عن ١٢ ٪ . وما دلم ان الشارع لم يميز بين الاحوال التجارية والمدنية هنا فلا بد إذن ان تنصرف الفائدة ١٢ ٪ . على الاثنين معاً كما في المختلط .

وقرر الشارع الاهلى أيضا بالمادة ٤٧٨ كما قرر الشارع المختلط بالمادة ٥٨٢ في ان القوائد المتفق عليها في عارية الاستهلاك لا تزيد عن ١٢ ٪.

ولما جاءت سنة ١٨٩٢ رأى الشارع المختلط والاهلى ضرورة تعديل هذه القوائد فقرر القانون المختلط الصادر في ١٠ يوليو سنة ١٨٩٢ تعديل المواد المختلطة بأن جعل القوائد المدنية ٥ ٪ والقوائد التجارية ٧ ٪ وأن لا تزيد القوائد المتفق عليها بالمقد عن ٩ ٪. وقد فعل مثله الشارع الاهلى إذ قرر القانون الصادر في ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٢، أى في السنة نفسها، ما قرره القانون المختلط الصادر في نفس السنة سواء بسواء. ولم يمس الشارع المختلط ولا الشارع الاهلى المادة ٥٨٢ مدنى مختلط والمادة ٤٧٧ مدنى اهلى ولم يجعل فيها القوائد خاضعة لحكم قانون ١٨٩٢ أى لم يحددها بمقدار ٩ ٪. ولكن هل يترتب على صدور قانون سنة ١٨٩٢ وتعديله للقوائد بالمواد ١٢٤/١٨٢ مدنى و ١٢٥/١٨٣ مدنى تعديلا ضمنيا للمواد ٤٨٧/٥٨٢ مدنى أو لا بد من نص صريح؟ يقول وانليه ^(١) بمجموعته بان المادة الاخيرة قد تعدلت ضمنا بصدور قانون ١٨٩٢.

أما القانون الفرنسى فقرر تعديل القوائد القانونية المقررة من قبل ذلك بقانونه الصادر في ٧ ابريل سنة ١٨٨٦ فجعل القوائد القانونية المدنية ٤ ٪ والقوائد التجارية ٥ في المائة وجعل القوائد التجارية حرة من ١٢ يناير سنة ١٨٨٦ وتعديلت القوائد بفرنسا أثناء الحرب فجعلت ٥ في المائة مدنياً و ٦ في المائة تجارياً أى رجعت الى أصلها المقرر لها من سنة ١٨٠٧

(٢) اذا كان الاصل أن القاضى لا يقضى بزيادة أو نقص فيما يتعلق بالقوائد القانونية مهما بلغ الضرر للدائن ما بلغ ^(٣) فانه مع ذلك يجوز في بعض الاحوال الحكم بمبلغ أكثر من القوائد القانونية وذلك في الاحوال الآتية :

١ - في حالة عدم دفع الكيالة (المواد ١٨٠/١٨٧ تجارى و ١٧٨ فرنسى و ١٨١/١٨٨ تجارى و ١٨١ فرنسى) إذ أن ما يقضى به القاضى يجوز أن يشمل

زيادة عن قيمة الكيالة وفوائدها القانونية. مثل ثمن التحويل الجديد^(١) في حالة الرجوع^(٢) والمصاريف التي تحملها صاحب الكيالة الاصلية^(٣)

٢ - في حالة الكفالة قررت المادة ٢٠٢٨ فرنسي بأنه يجوز للكفيل الذي دفع الدين ان يرجع على المدين (١) باصل الدين وفوائده والمصاريف التي صرفها من ماله (٢) بفوائد البالغ هذه (٣) بالتعويض نظير الضرر الذي أصابه بسبب الوفاء بالدين من ماله^(٤). ولوانه ليس لهذه المادة نظير بالقوانين المصرية الا انها تقرر قاعدة عامة لان التعويض هذا سببه التقصير أو الخطأ وهو مصدر جديد غير مصدر مجرد التأخير في الوفاء

٣ - في حالة الشركة قررت المادة ٤٢٧/٥٢٠ مدني و ١٨٤١ و ١٨٥٢ فرنسي بان الشريك مزعم بفوائد المبلغ الذي يجب أن يقدمه للشركة باعتباره نصيبه في رأس مالها . ويجوز أيضا الزامه بتعويض فيما اذا أضر تأخيره في الوفاء بمصلحة الشركة (المادة ٤٢٦/٥١٨ مدني و ١٨٥ فرنسي)

هذا من الوجهة القانونية . ولكن القضاء الفرنسي مثله في ذلك القضاء المصري أيضا رأى الحكم أحياناً بتعويض مستقل غير التعويض عن التأخير . وذلك فيما اذا تبين أن المدين قد تأخر في الوفاء عمداً وبسوء نية^(٥) أو ارتكب خطأ جسيماً وأنه لم يكن لديه عذر مقبول في التأخير أو أنه ترتب على عدم وفائه بالدين في اليعاد اشهار افلاس الدائن^(٦). وفي هذه الحال يعتبر المدين مقصراً وهو مسئول عن تقصيره هذا ، وهو غير تقصيره العادي في الوفاء ، لأن التقصيرين متمايزان ومختلفان وكلاهما يعتبر مصدراً مستقلاً لتعويض خاص قائم بذاته

ولما رأى الشارع الفرنسي الفرصة سانحة له عند تعديل المادة ١١٥٣ سنة ١٩٠٠ فيما يتعلق بالفوائد ، سارع الى تقرير هذه القاعدة القضائية بالقانون ذاته وقرر مايتى: « . . . ويجوز للدائن الذي أحدث له مدينه التأخر في الوفاء بسوء نية ضرراً مستقلاً

(١) nouveau change (٢) rechange أو retraite (٣) tireur (٤) دي هلس

ج ١ ص ٢٣٧ ن ٦٣ (٥) méchamment أى animo nocendi استئناف م ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ت ق؛ ٣٦ ؛ ١٤٤ (٦) (د، ٩٠٠ ، ٠٨ ، ١٠ ، ص، ١٤٩٨ ، ٢٣٨)

عن التأخير، أن يطلب تمويضاً متميزاً عن القوائد للترتبة على التأخير، أي أن القاضي يحكم في آن واحد بالقوائد القانونية نظير التأخير العادي، ثم يحكم بتمويض كامل نظير الاضرار الأخرى التي لحقت الدائن

ولكن ألا يرى من إطلاق نظر القاضي في حرية تقدير التمويض في حالة سوء النية مسوغاً أي مضيقاً للبدء بالمرر تشريعياً من قبل ومن بعد وهو تقدير التمويض عن التأخير تقديرأ واحداً مستقراً على حالة واحدة؟ وفوق ما تقدم فإن محكمة النقض الفرنسية ذهبت بعيداً أيضاً في تفسير سوء النية الوارد بالتعديل الجديد إذ قالت بأنه يشمل أيضاً نوعاً من أنواع التقصير وهو الإهمال باعتباره شبه جنحة^(١)

٣٠٠ - ثالثاً **تقدير الفائرة المنقضى عليها**^(٢) - كان القانون الفرنسي الصادر سنة ١٨٠٤ يقرر حرية التعاقد على القوائد كما قررها بشأن التمويض. ولكن سارع الشارع الفرنسي سنة ١٨٠٧ الى تحديد القوائد بالاتفاق وجعلها ٥٪/ مديناً و ٦٪/ تجارياً وكان مدفوعاً في تعديله باعتبارات ترجع للنظام العام والاخلاق

وقد قام الاقتصاديون الاحرار^(٣) في القرن التاسع عشر في فرنسا يطلبون إلغاء قانون سنة ١٨٠٧ وإعادة حرية التعاقد في القوائد كما كانت مقررة من قبل في سنة ١٨٠٤ لأن في تحديد القوائد ما يتعارض مع قانون العرض والطلب^(٤) إذ تلجيز النقود أي استفادها يختلف باختلاف الامكنة والوسائل ومبلغ ما يحيط بها من ظروف الكسب والخسارة^(٥). وقد انساق الشارع الفرنسي وراءهم في بعض ما طلبوه إذ قرر بقانون ١٢ يناير سنة ١٨٨٦ إلغاء الحد الأقصى في المسائل التجارية ثم أبقى في المسائل المدنية. أي قرر حرية الاتفاق على القوائد تجارياً وحولاً يثنى من ذلك خطراً نظراً للتزام القائم بين المصارف المالية الكبرى، إذ من شأن التزامهم أن يميل المقترض نحو الجهة التي يراها أصلح له بحكم تعدد المتزامين. وجرى على عكس ذلك في المسائل المدنية إذ يصعب على الفرد، وهو الذي لم يتعود الاشتغال بالتجارة، وعلى الأخص المزارع، يصعب عليه العثور على مقرض ليقرضه. وربما

(١) د ١٩٠٣، ٤٠٧ - س ١٩٠٥، ٥١٠ - (٢) ٢٦٠ - intérêt conventionnel (٣) économistes libéraux (٤) loi de l'offre et de la demande (٥) risque

وقع على رجل مالى يقيده باغلال من حديد . ولما قامت الحرب الاخيرة قرر الشارع الفرنسي اعلاء حرية التقدير فى الفوائد فى حالة التعاقد عليها مدنيا
أما الشارع المصرى قد رأيناه قرر حرية الاتفاق على الفوائد بالعمود على شرط على أن لا تزيد عن ٩ فى المائة فى المسائل المدنية والتجارية المختلطة والاهلية .
فلذا اذادت عن ذلك وجب تنقيصها بمعرفة القاضى إما بناء على طلب المدين أو من تلقاء نفس القاضى لان ذلك ماس بالنظام العام باعتباره ربا فاحشاً

ورغم تحديد الفوائد القانونية فى المسائل التجارية وجعلها ٧ فى المائة بالقانون المصرى رأى الشارع المصرى مع ذلك اطلاق الحرية فيها فى حالة واحدة وهى حالة الحساب الجارى ^(١) التى يأتى الكلام عليها فى نبذة ٣٠٣

وقد أطلق الشرع المصرى الحرية للتعاقد فى الاتفاق على أى سعر بدون أدنى تحديد فى حالة واحدة وردت فى القانون التجارى البحرى فى المادة ١٤٩ أهلى ومختلط وهى حالة ما يسمى بالاقتراض البحرى ^(٢) فان ظروفه تميز الاتفاق على الفوائد ولو بسعر أزيد من السعر المقرر فى القانون

٣٠١ - ضرورة رفع دعوى للمطالبة بالفوائد : ذلك أن المادة ١٢٤/١٨٢

مدنى قررت بأن الفوائد لا تسحق الا من تاريخ المطالبة الرسمية أى رفع الدعوى ^(٣) الا اذا قضى القضاة أو الاصطلاح التجارى ^(٤) بخلاف ذلك والغرض بالمطالبة الرسمية أى دعوى ترفع أمام القضاء . ولم يكتف الشارح بمجرد الانذار على يد محضر ^(٥) أو باى شكل ما بل تشدد فى ذلك الامر باعتبار أن الدعوى أشد تراءى من الانذار البسيط . فعّل ذلك الشارع المصرى كما فعل الشارع الفرنسى بقانونه سنة ١٨٠٤ . ولكن الشارع الفرنسى عند ما عدل المادة ١١٥٣ بقانون ٧ ابريل سنة ١٩٠٠ عدل أيضاً هذا الشرط واكتفى

(١) compte courant راجع المادة ١٨٧/١٢٧ مدنى التى تقرر أنه يجوز أن يختلف قدر الفوائد التجارية فى الحسابات الجارية على حسب اختلاف اسطر الجهات وتقيم الفوائد المتجمدة للاصل فى الحسابات الجارية بحسب الفوائد التجارية (٢) Contrat à la grosse أو Contracts of Bottomry and Respondentia simple sommation (٣) demande en justice (٤) age commercial (٥)

بمجرد الانذار ويظهر أن حجته في ذلك أن الشارع نفسه أباح استحقاق الفوائد القانونية بلا حاجة الى انذار أو دعوى في مسائل عدة . وبذلك عاد الشارع الفرنسي الى ما كان قد قرره القانونيون الفرنسيون المعروفون قبل سن القانون سنة ١٨٠٤ وهو مجرد الانذار البسيط . أما الشارع المصري فقل ظل على قاعدته التي قررها من سنة ١٨٧٥ وسنة ١٨٨٣ وهي ضرورة رفع دعوى^(١)

§ ٢ - في الفوائد المركبة^(٢)

٣٠٢ - الاتفاق على الفوائد المركبة هو جعل الفوائد المستحقة بمثابة رأس المال^(٣) ترجع هي الاخرى فوائدها القانونية . والقاعدة المنطقية أن الدائن عند ما يستحق له الفوائد يضمها الى أصل المبلغ ويجعل الكل بمثابة مبلغ واحد . يرجع الفوائد القانونية . وقد عملت العملية الحسابية عن ذلك فوجد أن المبلغ الذي يرجع هـ في المائة وتضاف اليه فوائده كل سنة ثم يرجع المجموع كرأس مال ، يتضاعف هذا المبلغ في ظرف ١٤ سنة أى يصبح مضاعفاً لأصله أى بقدر الاصل مرتين . ومن هنا يرى خطر الفوائد المركبة على المدين الذي يخضع عادة لدائته اذ هذا الاخير هو الذى يملى عليه ارادته فيرضخ له المدين وهو تحت سلطان الحاجة الصارخة . ويرضى المدين عن طيب خاطر بالارباح المركبة مادام أنه لا يدفع الفوائد في أو قلت استحقاقها والمدين لا ينظر بعيدا ولا يلتفت الى جسامته دينه الا في أصله دون الفوائد

وقد اهتمت الشرائع من زمن قديم بأمر الفوائد المركبة فحرم جوستينيان الاتفاق عليها . وحرمته القوانين الفرنسية القديمة . ولما أبحاث هذه القوانين القديمة الاقتراض بالفوائد أصرت على تحريم الفوائد المركبة^(٤) . أما القانون الفرنسي

(١) مع أنه هو الآخر قد قرر الفوائد بلا دعوى في بعض مواده : انظر المادة ٢٠٧/١٤٦ مدني ١٣٧٨ فرنسي بشأن من استلم شيئا بدون حق . والمادة ٤٢٧/٥٢٠ مدني ١٨٤٦ و ١٨٥٢ فرنسي بشأن الشريك الذي لم يدفع نصيبه في الشركة حيث لا دعوى ولا انذار والمادة ٥٢٦/٦٤٦ مدني ١٩٩٦ فرنسي بشأن الوكيل وما اشتملت به ذمته من الدين نحو الاصل ، اذ تستحق الفوائد من تاريخ التنبه عليه تنبها رسميا (٢) Anatocisme (٣) capitalisation (٤) بلا نيول من ٦٦٠ ن ٢٠٩٨

الصادر سنة ١٨٠٤ فانه أباحه على شروط خاصة قررها حماية للمدين فقد جاء في المادة ١١٥٤ أنه : « يجوز للفوائد المستحقة لرؤوس الاموال أن تبيع هي الاخرى فوائد ، إما بدعوى أمام القضاء أو باتفاق خاص على ذلك . وعلى شرط أن تكون هذه الفوائد المنصوص عنها بالاتفاق أو المرفوع بها دعوى ، قد استحققت عن سنة كاملة على الأقل »

ولما جاء الشارع المصرى سنة ١٨٧٥ وسنة ١٨٨٣ قلد الشارع الفرنسى بشأن اباحة الفوائد المركبة بنفس الشروط التى قررهما . إذ نص في المادة ١٨٦/٢٦ مدنى على أنه : « لا يجوز أخذ ^(١) ولا طلب ^(٢) فوائد على متجمد الفوائد الا اذا كان مستحقا عن سنة كاملة . »

٣٠٣ - وتفسير ذلك أنه لا يجوز المطالبة بالفوائد المركبة الا بالشروط الآتية :
 (١) لا يمكن الانذار الرسمى فى طلب الفوائد المركبة بل لابد من رفع دعوى . وذلك نتيجة طبيعية للقاعدة العامة الخاصة بالمطالبة بالفوائد طبقاً للقانون المصرى . أما القانون الفرنسى فقد شذ عن قاعدته فى هذه الحالة . اذ قيد المطالبة بالفوائد المركبة بضرورة رفع دعوى أمام القضاء

(٢) ان تجمد الفوائد وجعلها رأس مال لاجل المطالبة بفوائدها المركبة لا يحصل الا اذا مضت سنة على الأقل . وعلى ذلك لا تستحق فوائد الفوائد قبل السنة أى لا تستحق بمضى الاقساط عن ثلاثة أشهر أو ستة أشهر . على أنه ليس لهذا القيد أهمية كبرى لان تأخير المطالبة بفوائد الفوائد سنة كاملة لا يؤثر كثيراً على مضاعفة رأس المال فى مدة وجيزة اذ يصبح الضمفين بعد ١٤ سنة وببعض السنة بربح ٥ فى المائة . واذا تجمدت الفوائد شهرياً واعتبرت بمثابة رأس مال وربحت أصبحت الضمفين بربح ٥ فى المائة فى ظرف ١٤ سنة إلا بعض السنة . فالفرق حينئذ غير محسوس . اما الفرق الحقيقى يظهر فى اعفاء المدين من تحمل مصاريف مطالبة الدائن له .

(٣) لا تبيع الفوائد الا اذا استحققت فعلاً . وهناك مذهبان متعارضان فى هذا الشرط .

المذهب الاول : قال به « كولين وكابتان » وأيدهما فيه بعض أحكام المحاكم الفرنسية ^(١) يقول هذا المذهب بأنه لا يجوز للعاقدين الاتفاق على فوائد الفوائد مقدماً بالعقد ، أي لا يجوز أن يشترط الدائن على مدينه بأنه اذا لم يدفع الفوائد المستحقة في الميعاد المعين تصبح الفوائد ك رأس المال فتربح فوائد أخرى من تلقاء نفسها دون الحاجة الى تنبيه أو دعوي : أي لا تسري فوائد الفوائد بمحض قوة العقد . وأنه لا يجوز الاتفاق على فوائد الفوائد الا عند استحقاق الفوائد الأولى فلا وعند الوفاء بها ^(٢) . وعلى ذلك يجب تجديد الاتفاق في كل ميعاد يحل فيه القسط السنوي بالفوائد حتى يشعر المدين اذ ذاك بما يحق له من خطورة العمل الذي يجريه ويعلم حينئذ بأن دينه يكبر ويزيد من وقت لآخر ويجب أيضاً تجديد المطالبة الرسمية بفوائد الفوائد كل سنة على حدة كما حصل بالاتفاق سواء بسواء .

المذهب الثاني : قاله به قضاء النقض الفرنسي ^(٣) . ويؤيده فيه بعض المفسرين ويقول هذا المذهب بأن عبارة « الفوائد المستحقة » ^(٤) تفيد بأنه لا يجوز المطالبة بفوائد الفوائد الا بعد استحقاق الفوائد أي بعد حلول ميعاد دفعها وعدم دفعها . ويلاحظ أصحاب المذهب الأول أن هذا التفسير لا يعتبر تفسيراً لانه من المحتمل عقلاً أن تربح الفوائد الأولى أي بعد استحقاقها مباشرة لانها لا ترتب بذمة المدين الا يوم حلول ميعاد الوفاء بها . وعلى ذلك يجوز طبقاً للمذهب الثاني الاتفاق على فوائد الفوائد مقدماً بالعقد الأصلي .

على أن الشارع رضى الأخذ بفوائد الفوائد بلا قيد ولا شرط وخالف بذلك القيود التي قررها بالمادة ١٢٦ / ١٨٦ مدني و ١١٥٤ فرنسي المعدلة بقانون ٧ ابريل سنة ١٩٠٠ : رضى بذلك في حالة الحساب الجاري التجاري طبقاً لظروف الاحوال وعادات البلاد . وقالت المادة ١٢٧ / ١٨٧ مدني بعبارتها الثانية ما يأتي : « وتنضم الفوائد المتجمدة في الأصل للحسابات الجارية بحسب العوائد التجارية » .

والحساب الجاري هو للعاملة المستمرة بين شخصين في أعمالها التجارية فيفتان

(١) كولين وكابتان ج ٢ ص ٣٢ س ٩٠٩ ٢٤٥٢٥ (٢) بلانول من ٦٦١ ن

٢١٠٢ (٣) س ٩٠٦ ٢٤٥٢٥ ومقال كامل Wahl (٤) intérêts échus

على أن كل واحد منهما يقيد عنده ما سلمه الى الآخر وما استلمه منه باعتبار ذلك كله حساباً واحداً يصنف في مواعيد معينة ، وأن فوائد الديون تتجدد وتعتبر بمثابة رأس مال تريح فوائده أخرى عند الانتهاء من كل تصفية من تلقاء نفسها سواء حصل الاتفاق على ذلك أم لم يحصل ، وسواء كانت مدة التصفية سنة أم أقل من سنة ^(١) . والمحكمة في هذا الاستثناء الوارد على تقيض القيود المقررة لفوائد الفوائد أنه بمجرد تصفية الحساب يعتبر الباقي منه كأنه دفع ممن وجب عليه دفعه من الطرفين ، وكأنه رد اليه ثانياً ممن وجب له باعتباره ديناً جديداً .

(٢) قاعدة فوائد القوائد تتعلق فقط بالديون الواجب دفعها في ميعاد معين ^(٢) لا الديون المتعلقة بالاياردات المستحقة ^(٣) مثل الايجار ^(٤) . وأخر المرتبات المقررة أو الاياردات ^(٥) ورد الفرة أو الغلة ^(٦) والفوائد المدفوعة من الغير الى الدائن في سبيل براءة ذمة المدين . ولكن رأى الشارع الفرنسي بلمادة ١١٥٥ أن يبيح جواز اعتبار هذه المبالغ كرؤوس أموال واجبة الدفع في ميعاد معين وعلى ذلك يجوز لها أن تريح فوائدها كما تريح رؤوس الاموال الاخرى سواء بسواء وتستحق الفوائد إما بمقتضى رفع دعوى وإما من طريق الاتفاق عليها بالعقد . والسبب في تقرير هذه القاعدة أن هذه الاياردات والايجارات والمرتبات لا تعتبر في ذاتها فوائد تضاف على رأس مال مطلوب الوفاء به من المدين بل هي رؤوس أموال مستقلة بذاتها يجوز أن تريح فوائدها باعتبارها رؤوس أموال لا فوائد تريح فوائدها . وحينئذ يجوز تقرير هذه القوائد بنفس عقد الاتفاق كما يحصل ذلك عادة في المعاملات بين المؤجرين للاراضي الزراعية والمستأجرين وقد أصبح ذلك شائعاً في العقود المطبوعة وعلى الاخص في الدوائر الكبرى الزراعية . ولوحظ بلمادة ١١٥٥ أنها تذكر هي الاخرى عبارة الاياردات المستحقة ^(٧) وربما أوهمت بها أنها تشير الى علم جواز الاتفاق أو المطالبة بفوائد الفوائد بنفس العقد الاصل كما قال بذلك بعض المفسرين جرياً وراء هذا الابهام والنموض ، أخذاً

(١) ٣١٥١٥٤٥٥ (٢) capitaux exigibles (٣) revenus échus (٤) fermages و loyers (٥) arrérages des rentes (٦) restitution de fruits (٧) revenus échus

بالقاعدة الاصلية المقررة بشأن البالغ المستحقة . وقالوا بان المادة ١١٥٥ وردت استثناء للمادة ١١٥٤ فيما يتعلق فقط بمدة السنة أى بإجالة الفوائد عن فوائد مستحقة لأقل من سنة على انه لا محل لهذا الابهام .

٣٠٤ - ولم ينقل الشارع المصرى هذه المادة ١١٥٥ الفرنسية . فهل مع ذلك يجوز الأخذ بها أم لا يجوز ؟ اذا قلنا بانها استثناء تشريعى للقاعدة الاصلية وجب حينئذ قصر هذا الاستثناء على حاله وعدم الأخذ فيه بالاقيسة المنطقية المروفة وهى القياس من باب أولى ^(١) أو القياس من طريق عكسى ^(٢) ولكن الذى نقول به نحن هو أن هذه المبالغ وهى الايرادات والاياجارات لا تعتبر فى ذاتها فوائد لرؤوس الاموال حتى يتسنى القول بانه من الواجب أصلاً أن تخضع للمادة ١١٥٤ فرنسى المقابلة للمادة ١٢٦/١٨٦ للمصرية بل هى تعتبر بصيغتها رؤوس أموال تريح فوائد كما يريح كل رأس مال . ويجوز الاتفاق عليها بالعقد أو للطالبة بها بدعوى أمام القضاء . ولذا نقول بان هذه المادة ١١٥٥ افرنسية جاءت مقررّة لحالة طبيعية مقررّة من قبل ولم تأت منشئة لحالة استثنائية بمعنى الاستثناء الدقيق . لذا نقول بجواز الأخذ بهذه المادة الفرنسية باقوانين المصرية . وليس أدل على ذلك من شيوع العمل بها فى المعاملات بين الافراد حتى أصبحت من العبارات الانشائية الدائمة فى عقود الدوائر الزراعية الكبرى كما ذكرنا

٣ - فى وسائل الاكرام ^(٣)

٣٠٥ - وسائل الاكرام ^(٤) هى صورة من صور التعويض يلجأ اليها القاضى

(١) a fortiori (٢) a contrario (٣) كبتان ص ٣٣ والهامش ١ . - بلانيول ص ٧١ ن ٢٠٨ وما بعدها . - الحملات ٤ ص ٤٢١ - ٤٢٨ . - ويسمى البعض بالتهديدات المالية (الدكتور ابو هيف بك فى المرافعات الطبعة الثانية ص ٣٢٠ ن ٤٠٥) وفى التنفيذ الطبعة الثانية ص ١٧ ن ٩ هامش ١ ، وبالجزاء التهديدى (الحملات ٤ ص ٤٢١) وبالقرامات القضائية . والذى نراه ان تسميتها بوسائل الاكرام هى الترجمة الصحيحة للكلمة الفرنسية *astreintes* لان هذه الكلمة الاخيرة مأخوذة من كلمة *astreindre* بمعنى اكره أو الزم . وفرق هائل بين الاكراه او الاكرام وبين التهديد او الغرامه ولذا انضم لنا فى هذه التسمية التى قلنا بها بعض رجال الفقه فى الوقت الحاضر (تنفيذ الدكتور عبد الفتاح السيد بك ص ١١ ن ١٨ وما بعدها ، حيث سماها «بالاكرام المالى» وهو تعبير يتفق معنا فيها اخرجنا به اللفظ الفرنسى الى معناه القنوى وسرى فيها بعد انه قد يكون الاصح من هذا كله ان يسمى بالتعويض الموقت او التعويض غير الميقى (٤) *astreintes*

من طريق التهديد نحو المدين حتى يكبح بها عنده شرة الغناد والمقاومة. فيأمره القاضي بالقيام بعمل معين في وقت معين بحيث اذا لم يتم بادائه بوقته الزمه بدفع مبلغ مقدر عن كل يوم يتأخر فيه عن الأداء . ويرجع الى هذه الوسيلة في بعض المجالات العملية الخاصة بالمال كالزام المدين بتسليم شيء معين لا يمكن وصول يد القضاء اليه أو بتقديم حساب أو بتقديم أوراق أو القيام بأعمال أخرى خاصة . هذه الوسيلة وسيلة اكراه لا محالة . وربما ينشأ عن تعدد الجزاء اليومي ما يتكون معه مبلغ عظيم من التعويض . لذا يعمل المدين على الافلات من دفعه بان ينفذ ما طلب اليه تنفيذه . ومع ذلك فان الحكم بالجزاء أولاً جاء على سبيل التهديد أى انه حكم مؤقت يسمح للقاضي فيما بعد تعيين الضرر الواقع فعلاً فيما اذا أصر المدين على عدم الوفاء

وسائل الاكراه

في أصل تكوين النظرية — من الوجهة القضائية

٣٠٦ — هذه النظرية ثلاثة أدوار قضائية

الدور الاول : جرى القضاء الفرنسي القديم جداً على اعتبار الجزاء التهديدي أو وسيلة الاكراه^(١) في مصلحة الدين نفسه . لان الحكم الذي الزمه بلوفاً منحه أيضاً فترة من لده^(٢) يستعين بها على التمكن من الوفاء بحيث اذا لم يتم بلوفاً في الوقت المقرر وجب عليه دفع مبلغ معين بمثابة تعويض نظير الضرر الذي أصاب الدائن من جراء عدم الوفاء بالالتزام كله ، أى ان الجزاء أو التعويض كان هو المقابل للالتزام الاصل^(٣) ويجوز له أيضاً أن يقوم بتنفيذ التعهد الاصلى التقضى به . كما قرر ذلك هذا القضاء القديم :

هذا هو شأن الحكم المؤقت في القضاء الفرنسي القديم ، وهو الحكم الذي كانوا ينعونه أيضاً بالحكم التهديدي^(٤)

الدور الثاني : ثم أخذت النظرية بعد ذلك تتكون تكوينها المعروف الآن . وأخذ القضاء في الوقت الحاضر أن لا يحكم بالتعويض الكلى المقابل للالتزام

(١) délai de grâce (٢) راجع موسوعات دالوز تحت عبارة chose jugée ن ٣٨٦

(٣) condamnation comminatoire

كله عند عدم تنفيذه بل بحكم بجزء يومى عن كل يوم يحصل فيه التأخير بالوفاء مع استيفاء حقه فى تنقيص التمييز عند تجمده أو تعديل ما قضى به ، إلا أنه قرر عكس ذلك أيضاً وهو جواز زيادة التمييز أى الحكم بأزيد مما حكم به قبلاً . ومن هنا نرى أن القضاء أخذ فى تطوره هذا بقررتين ما قرره فى الزمن السابق . فبعد أن كان حكم التهديدى فى مصلحة المدين أصبح فى غير مصلحته بل فى مصلحة الدائن . ومن الأمثلة الغدزة على هذا التطور القضائى حكم شهر صدر من النقض الفرنسى ^(١) فى قضية رفعها صاحب فندق على شركة النور الكهريائى . ذلك أن صاحب الفندق طلب إلى الشركة تخفيض المبلغ المطلوب منه ثمناً لما استهلكه بمقدار معين أى طلب تنقيصاً على سبيل التسامح ^(٢) وادعى بأن له الحق فى هذا التنقيص . فلما أبت عليه طلبه امتنع عن الدفع فتمت عنه التيارات الكهريائى فرفع عليها دسوى طلب فيها إلزامها بتوصيل التيار فى ميعاد معين والا تدفع جزءاً يومياً قدره ١٠٠ فرنك مع حفظ حقه فيما بعد بمطالبة الشركة ، بعد مضي المدة المضروبة ، بما يراه فى مصلحته وفلا حكم له بذلك . وأبت الشركة تنفيذ الحكم فرفع عليها دعوى طلب فيها الحكم بجزءاً يومى قدره هذه المرة بمبلغ ١٠٠٠٠ فرنك (عشرة آلاف) عن كل يوم يحصل فيه التأخير بتوصيل التيار الكهريائى وفلا حكم له بهذا الطلب الجديد اعتماداً على أنه حفظ لنفسه الحق أولاً بالمطالبة فيما بعد بما يتفق مع مصلحته

الدور الثالث : ثم تطورت هذه النظرية أخيراً بالقضاء الفرنسى فبعد أن كان العمل مقصوراً عليها فى دائرة الالتزامات المالية ^(٣) أخذت دائرة العمل تتسع فيها وخرجت إلى دائرة الالتزامات العائلية . فاذا حكم على أم بتسليم ولدها إلى أبيه ولم تنشأ تنفيذ الحكم جاز الحكم عليها بجزءاً يومى يزداد فى مقداره كلما مضى زمن ولم تم بالوفاء ^(٤) ولكن يظهر أن النقض الفرنسى عيّل إلى عودة الأخذ بنظرية الجزاء التهديدى فى دائرة الالتزامات المالية ولا يريد أن يتعمد بها إلى دائرة الالتزامات العائلية ^(٥)

(١) ١٨٥١ ٥١ ٢٨٩ - س ١٥٩٩ ١٧٤٥ (٢) rabais (٣) obli-

gations patrimoniales (٤) ٧٨ ١٢٠٠٢ - س ١٠٧٨ ١٩٣٥ عن النقض

(٥) كولون وكابتن ج ٢ ص ٣٥

٣٠٧ ب. - في خصائص نظرية وسائل الإكراه : وخصائصها هي : (١) الحكم التهديدي لا يعتبر تعويضا كاملا بل تعويضا يوميا أى حكما غير معين تعيينا نهائيا^(١) - (٢) الحكم التهديدي هو حكم عن المستقبل لا عن الماضي^(٢) . - (٣) والحكم التهديدي يقضى بتعويض أكثر من الضرر الواقع - (٤) وهو تهديدي أى يجوز للقاضي تعديله بالزيادة أو بالنقص وهو يتخطى في ذلك أصول قوة الشيء المحكوم فيه^(٣)

٣٠٨ د. - القضاء المصري ووسائل الإكراه : أخذ القضاء المصري أهليا ومختلطاً بما أخذ به القضاء الفرنسي سواء بسواء . وقرر بأن الجزاء التهديدي هذا لا يجوز قوة الشيء المحكوم به وأنه تعويض مؤقت أى تعويض تقديرى على سبيل التهديد . بحيث لا يجوز تنفيذ الحكم القاضي به إلا بعد عرضه على القضاء مرة أخرى^(٤) لتقدير الضرر الواقع فعلا تقديراً حقيقياً لا خيالياً وتقديراً صحيحاً لا تقديرًا تهديدياً^(٥) . أما إذا كان الحكم القاضي بالبلغ التهديدي قد قطع في مبلغ التعويض واعتبر المبلغ القاضي به هو القابل الحقيقي للضرر وجب تنفيذ هذا الحكم كما هو ووجب عدم المساس به^(٦) وفي نظرنا أن هذه الحالة تخرج حينئذ عن الحالة

(١) *condamnation indéterminée* (٢) *in futurum* (٣) ٣٥٧ ١٥٩١٣ ٥١٥٧٥
س ٣٨٥ ١٥٩١٣ ٥١٥٧٥ (٤) بدعى أمام المحكمه وبناء على ذلك لا يجوز توقيع الجزاء بالحكم التهديدي
مقتضى ٣٥٦ ٣٥٧ ٥١٥٧٥ لا يحكم بالتهديد إلا إذا أريد إكراه الخصم على القيام بعمل شئى . مقتضى ٢٥٠ ٢٨٧
ولا يقضى به أيضا إذا أظهر الخصم رغبة في إجرائها ما طلب منه : مقتضى ٢٨ ٨٥ . ولا يقبل
الاستئناف المرفوع عن الحكم التهديدي طالما أن المحكمة التي أصدرته في حل من تنفيذها والفاقة
استئناف ٢٧ نوفمبر سنة ٩٠٢ م ١٣٢٤ . وإذا تأيد الحكم التهديدي باعتباره تعويضا
حقيقيا لا محتسب مدة التأخير إلا من وقت إعلان الحكم الاستئنافى : استئناف ٢٢ يناير سنة
٩٠٧ م ١٨٨٨٥٨٠ . ولا يجوز أن يقترب على صدور الحكم التهديدي تغيير في قيمة الدعوى فراء
١٠ ص ٦٢ . - ويعتبر مقاصد لا جزاء أى لا بد فيه من ثبوت الضرر : استئناف ٢٤ فبراير
سنة ٩١٤ م ١٥٥٨٠ ص ١٢٦ عدد ٧٠ (٥) الرزاقى الكليه ٤ فبراير سنة ٩٠٩ م ٢١٣
بني سويف السكاكية في ٧ ديسمبر سنة ٩٢٢ م ٢٤٠ ص ١٧٠ عدد ٩٩ . - المحاماة ٣ ص ١٣٥ عدد
٨٦ استئناف م ١٦ أبريل سنة ٩٦ م ٢١٩٠٨٠ . مقتضى ١٢٠ ٣٢٠ . استئناف ٦ مارس سنة
٩٢٤ المحاماة ٤ ص ٦٤٤ عدد ٤٩٠ (٦) استئناف ١١ يونيو سنة ٩١٧ م ١٨٥ ص ١٩٧
- المحاماة السنة الأولى ص ١٠٢ عدد ١٠٤ . ويلاحظ كذا قلنا أن محل الاختلاف بنظرية الإكراه
هذه هو إذن خاص بالقيام بعمل أو الامتناع عنه فيما إذا كان التنفيذ العملي لا يمكن الحكم به بالوقت .
فإذا أمكن فما كانت هناك ضرورة للحكم بالتعويض لا وقت بل بحكم بالتنفيذ مع الشيء نفسه جبرا على
المترتب به . وإذا تبين من الظروف استحالة التنفيذ وجب الحكم وقتئذ بالتعويض عند عدم الوفاء
من أول الأمر . وقد أجازت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التنفيذ العملي من أول الأمر (التنفيذ
للدكتور أبو هيف بك ص ١٧ الخشبة ٤ - ٥ ص ١٨ حاشية ٢٥١)

الطبيعية لنظر التهديد المالى . اذ يعتبر الحكم من الاحكام غير المصفاة باعتبارها معلقة على شرط أو معقود نفاذها بزمن . ومثل هذه الاحكام لا يجوز تنفيذها الا بعد تصفيتها ورفع النزاع عنها ، وهذا جائز في قانون الرافعات سواء كان المطلوب تنفيذه حكماً أو عقداً رسمياً

م . - فى هذه النظرية

٣٠٩ - الحكم التهديدى باعتباره تهديداً يخالف القانون لانه يقضى بتعويض لا يتفق مع الضرر الواقع (المادة ١٢١/ ١٧٩ مدنى ١١٤٩ فرنسى) وهو يتعارض مع مبدأ قانونى يرجع لنظام المحاكم وهو أنه لا يجوز للمحكمة فصلت فى دعوى بحكم ان تعود الى الفصل فيها من جديد . ويظهر أنه كان لهذا النقد أثر ظاهر فى القضاء البلجيكي اذ قرر ذلك القضاء بأنه اذا صدر الحكم بالزام شخص بدفع تعويض يومى يتأخر فيه عن القيام بما أمرته به المحكمة فى الالتزام بعمل أو فى الالتزام بالامتناع عن عمل ، وجب اعتبار المبلغ المتقاضى به تعويضاً نظير الضرر الواقع ، ولا يجوز اعتباره وسيلة اكرامية ^(١) ضماناً لتنفيذ الحكم ^(٢)

٣١٠ - ولكن يرد على هذا النقد ان القضاء الفرنسى ومعه فريق عظيم من شارحى القانون الفرنسى ايدوا هذه النظرية وبرروا الاخذ بها وحجتهم ان الجزاء التهديدى لا يعتبر فى الحقيقة حكماً بتعويض بل غرامة ^(٣) أى عقوبة قضت بها المحكمة ضماناً ^(٤) لأمر ^(٥) صادر منها باعتبارها ذات سلطة فى الأمر ^(٦) وان سلطة الامر هذه هى غير سلطتها المعروفة بسلطة الفصل فى الاقضية ^(٧) أى يجب الفصل بين سلطتى الأمر والحكم ^(٨)

(١) contrainte (٢) من ٩٠٩ ، ٩٠٤ ، ١٥٤ - من ٨٢ ، ٤٠٤ - ولكن انظر مع ذلك د ٣١١ ، ٢٨٨ ، ويجرى القضاء المعرى على ان يبعث عن نية القاضى فى الحكم فيما اذا كان اراد بالتعويض اليومى تعويضاً حقيقياً مطابقاً لما سيقع من الضرر المعنى واستطاع القاضى تقريره قبل وقوع : فى هذه الحالة يعتبر القضاء هذا الحكم غير تهديدى . اما اذا ثبت له بان الغرض منه تهديد المحكوم عليه فيتمتع تهديداً : استئناف ١١ يونيو سنة ١٩١٧ م ر ١٨ ، من ١٩٧ - المحاماة السنة الاولى من ١٠٢ رقم ١٤ - استئناف ٢٣ نوفمبر سنة ١٩١٦ المحاماة ٤ من ٤٥٢ عدد ٣٤٨ (٣) peine (٤) sanction (٥) injonction (٦) pouvoir de juridiction (٧) pouvoir de commandement (٨) decisoria judicis , judicis

ويرجع اصحاب هذا الرأى الى مصدرين المصدر الاول ما قال به «هنريون دي بانسي»^(١) من أن للقاضي في الوقت الحاضر أن يأمر بجراء شيء ويأمر بالامتناع عن جراء شيء^(٢) والمصدر الثاني المادة ١٠٣٦ من قانون المرافعات الفرنسي وهي تقول «وللمحاكم أن تصدر بحض رغبتها أوامر^(٣) في القضايا المطروحة أمامها طبقاً للظروف كأن تأمر بإعدام أوراق أو التقرير بأنها أوراق ماسة بكرامات الافراد ، ولها أن تأمر بطبع أحكامها واعلانها »

٣١١ - ولكن يرد على هذه الأدلة ما يأتي : يجب أولاً استبعاد المادة ١٠٣٦ مرافعات لانها تتعلق بنظام الجلسات^(٤) وانها تتعلق على الاكثر بالاحتياطات^(٥) التي يجب اتخاذها في سبيل الوقوف على معرفة الحقيقة في الدعاوى القضائية^(٦) ويؤيد ذلك قريب هذه المادة من المواد ٥١٢ مرافعات فرنسي^(٧) والمادة ٥٠٤ تحقيق جنائيات فرنسي^(٨) — نانياً لأن التهديد المالى بطريق الجزاء لم يعرف الا في زمن جاء بعد وضع المادة ١٠٣٦ ولم يكن معروفاً قبل وضعها — ثالثاً . لو صح القول بأن التهديد الجزائي يدخل ضمن السلطة الواسعة المقررة للقاضي في اصدار قرار بالنهاي أو الامر من تلقاء نفسه^(٩) لترتب على ذلك انه يجوز له الحكم بالفرامة التهديدية من تلقاء نفسه أيضاً دون ان يطلبها اليه أحد الخصوم في الدعوى : وهذا لا يمكن الجبر به ولم يقل به أحد لانه اذا حكم القاضي بهذه الفرامة المالية يكون حينئذ قد خرج عن دائرة قصائه بالحكم بما لم يطلبه الخصوم^(١٠)

٣١٢ - وأما ما قاله « هنريون دي بانسي » فانه لم يخرج عن كونه أراد أن يقول بهذه الحقيقة المعروفة والتي لا نزاع فيها بانه يجوز للقاضي بل ويجب عليه أن

(١) Henrion de Pansy في كتابته De l'autorité judiciaire (٢) le Juge prononcer même d'office des (٣) mesures (٤) police de l'audience (٥) injonctions instances judiciaires (٦) وهي المقابلة للمادة ٦٦١/٧٣٥ مرافعات مصرى ، الخاصة بمنع الخصوم من استعمال ألفاظ السب في حق القاضي في دعوى مختصة القضاء prise à partie (٨) وهي الخاصة بإخراج من يعمل على أحداث اضطراب داخلى الجلسات وغير ذلك . وتقابل المادة ٦٦/٨٩ مرافعات مصرى وهي التي تشتت أخيراً على المجالس المحسبة (٩) d'office (١٠) ultra petita

يأمر^(١) بتنفيذ الالتزام الاصلى أى بأن يكون الوفاء بالشئ هو نفس موضوع الالتزام بالذات أى الالتزام بالعمل وان يمنع كل ما يحول دون الالتزام بالامتاع عن اجراء عمل . ولم يقل هذا المؤلف ولا غيره من المؤلفين بأنه يجوز للقاضى أن يقرر لنفسه ومن عندياته جزاء مطلقاً تحكيمياً^(٢) وان كان ذلك جائزاً للقاضى فى الازمان الماضية إلا أن النظام القضائى الحاضر هو على خلاف الماضى لان من أصول الحاضر فصل السلطات بعضها عن البعض أى فصل السلطة التشريعية عن التنفيذية ، ومنع اقاضى من سلطة التشريع^(٣) فاذا كان التهديد الاكراهى هو عقوبة^(٤) كما مر وجب على ذلك اعتباره عقوبة غير شرعية أو تحكيمية^(٥) وتنتهى هذه العقوبة المالية بأن تدخل فى مال الفرد لافى مال الحكومة : وكل هذا وذلك لا يقبله القانون الحاضر بأصوله الحاضرة

٣١٣ - ويقول « كولين وكابنان » بأنه اذا أريد اعتبار الوسيلة الاكراهية وهى الجزاء التهديدى ، عملاً مصبوغاً بصبغة قانونية فيجب اعتبارها أنها من الأعمال الجارية التى ترجع لسلطة القاضى بما هو خارج عن حدود القانون^(٦) . واذا كان استخدام هذه الوسيلة قد أتى بمنافع حمة فى عالم العمل القضائى فانه من واجب المشرع أن يتدخل فى الأمر ويشرع فيه من نفسه كما فعل قانون الرافعات الالماني^(٧) .

٣١٤ - أما نحن فانا لا نرى كما قلنا محللندخل الشارع بالذات فى تقرير هذه النظرية لان القاضى لا يخرج فى حكمه غير المصنفى عن حدود سلطته التى رسمها القانون نفسه . ذلك لان العمل قد دل فى مجال التقاضى أن الحكم إما أن يكون قاطعاً كلياً أو قاطعاً جزئياً ، فالاول ينتهى به النزاع كينهاً وكماً . وبالثانى ينتهى النزاع فى كيفه لا فى كنهه . والبت فى الحكم المقطوع فيه كيفاً لا كما ثانوى غير عسير ليس فى حاجة الى اعمال الروى وقطول النزاع أخذاً ورداً . أما المدول فى الأحكام وان كان يتعارض مع النظام الحاضر فى الأوساط للمدينة فالغرض منه المدول عما قضى فيه كما وكيفاً . وكذلك

(١) pouvoir réglementaire (٢) sanction arbitraire (٣) prescrire (٤) peine arbitraire (٥) peine (٦) pratique prétorienne illégale (٧) كولين وكابنان ج ٢ ص ٣٦

الحال بشأن مبدأ فصل السلطات . وعلى ذلك اذا حكم القاضي وأشار في حكمه الى الرجوع اليه عند الحاجة فيما لم يفصل فيه كما (أو فيما فصل فيه كما ولكن بطريقة تمريضية مؤقتة) جاز الرجوع اليه . أليس القاضي يصدر أحكاماً مؤقتة في مسائل ترجع لسلطته الادارية لا القضائية ؟ وهل في إصداره الاحكام المؤقتة لم يحفظ للخصوم (والحق محفوف بقوة القانون) حق الرجوع اليه اذا تغيرت الحال ^(١) كما في دعاوى الحراسة والتفقات (غير النفقات الشرعية) ؟ أو ليس يُرجع الى القاضي ، فيما اذا شاب حكمه غرض أو خطأ مادي ، بدعوى التصحيح ؟ ^(٢) وهل بعد ذلك كله يمكن أن يقال بأن القاضي في عمله هذا خرج عن مادة القانون وأن عمله يعتبر تحكيمياً ^(٣) كما يقول « كولن وكابتن » ؟ ألا يرى أنه عمل داخل دائرة القانون اللينة وأنه على العكس عمل بتصرف مشروع لا تحكم فيه ^(٤) ؟ كل ما يؤخذ على الحكم الجزائي هو شائبة التهديد وأنه يخرج بهذه الشائبة عن منطقة تحديد الحقوق بلا نص معين في القانون . ولكن يلاحظ أن التهديد لم يقله القاضي لا في نص حكمه ولا في أسبابه بل جاءت هذه الكلمة من أوضاع المعارضين للنظرية : نظرية التعويض المؤقت ، فرأوا في التعويض المؤقت احراراً للمدين حتى يقوم بما أمر به . والتعويض على هذا الاعتبار ، ومما قيل فيه بأنه تهديد من طريق تخرج المعاني المستفادة من العبارات تخريبياً ليس أساسه صراحة اللفظ بل أساسه الاستنتاج الخيالي ، هو في مصلحة المدين نفسه كما لوحظ ذلك في العهد الأول للنظرية في دورها التكويني القضائي الفرنسي ، بمعنى ، أن المدين هو بالخيار ان شاء تنفيذ الالتزام الأصلي أو تنفيذ التعويض أي أصبح الالتزام الأصلي البسيط كالالتزام المشفوع بشرط جزائي على مذهب القانون الفرنسي والمصري أو كالالتزام البدلي على مذهب القانون الألماني ، وفي تعدد الخيار في الالتزامات تفريج للمدين . وأما القول بأن الحكم التهديدي بالفرامة يقضى

(١) راجع في « حفظ الحق » في كتاب المرافعات للدكتور ابو هيف بك بند ١٠٥٣ تحت قوله « الثالث » ص ٧٤٢ و بند ١١٠٧ و ١١١٦ (٢) راجع كتاب المرافعات للدكتور ابو هيف بك فيما يتعلق بتصحيح الخطأ المادي بند ١١٠٧ والاحكام الجديدة الواردة في حاشية ١ عليه . وفيما يتعلق بتفسير الحكم راجع كتابه في التنفيذ بند ٢١١ وما بعده (٣) *pratique prétorienne illégale* (٤) *pratique prétorienne légale*

بتعويض أكثر من الواقع فهذا لا يتفق لا مع القانون ولا مع الواقع . أما مع القانون فلأن الحكم اذا خرج عن التعويض القبول عادة فلا أنه يعمل في ذلك بالقانون نفسه فيما اذا كان المدين قد ساءت نيته عند الوفاء بخالف بذلك أوضح الأصول القانونية في أنه يجب عليه أن يكون حسن النية في وقائه بالتزامه أمام دائته . والقاعدة القانونية المقررة هي أن التعويض بأكثر يكون عند سوء النية وأقل عند حسنهما المواد ١٢١/ ١٧٩ مدني و ١٢٢/ ١٨٠ مدني . وليس معنى الفرق بين الكثرة والتعويض الخروج عن الضرر الواقع بل معنى ذلك أن التعويض في حالة سوء النية يتناول النتائج التي كان لا يلزم بها المدين وهو حسن النية . وأما الواقع فلأن التعويض أمر تقديري يستحيل معه البت في أنه لوحظ فيه العقوبة المالية . إنما محل التشكك فيه في هذه الحال هو لأنه يقضى بتعويض أكثر فيما اذا لم تظهر أمارات سوء النية . وبذلك تتفق عبارة العقوبة المالية وأنها تدخل جيب الخصم ولم تضاف لجانب الحكومة .

والذي زاه مما مر أن الذي أثار هذه الحرب النقدية حول هذه النظرية هو كثرة النوعات التي وصفت بها ومانتج عن هذا الوصف من النتائج . وربما كان الافضل أن تسمى بنظرية «التعويض المؤقت» أو «التعويض التقريري» مع حفظ الحق في تعديله بالزيادة أو النقص . وفي هذه الحالة تلتحق هذه الاحكام بطاقة الاحكام المسماة بالاحكام غير النهائية كما ذكرنا

وقد قرر الدكتور أبوهيف بك في معرض تأييد النظرين أن القانون المصري ليس فيه ما يصح أن يكون أساساً لها غير مادة ٢٩ ل ١ م / ١١ مدني مختلط التي أجازت للقاضي ، أن لم يوجد نص صريح في القانون أن يحكم بمقتضى قواعد العدل ، ومن قواعد العدل أن يسعى القاضي في تسهيل تنفيذ ما أصدر من الاحكام العادلة مادام لا يضر في ذلك بمحقوق المدين^(١)

في الضمانات المقررة للدائن قبل مدينه

(١) لمحة تاريخية

٣١٥ - ماذا يعمل الدائن بحكم الدين الذي استحال الى مبلغ من المال فيما اذا تعذر عليه التنفيذ بأصل الالتزام على نفس الشيء موضوع الالتزام؟ أصبح حق الدائن حقاً مالياً صرفاً فهو ينفذه على أموال المدين وهذا التنفيذ على المال هو آخر مظهر من مظاهر التطور الزمني المعروف في التنفيذ ضد المدين ، اذ عرف هذا التطور في مبدئه بالشدّة ضد المدين وانتهى في نهايته باللين المتناهي مع المدين

ذلك انه في الشرائع القديمة وعلى الاخص عند الرومان كان شخص المدين أى جسمه المادى ضامناً لحق الدائن بحيث اذا لم يدفع الدين نزلت به عقوبات بالغة في الشدة والقسوة . ويدل التاريخ على أن المدين الذي لم يوف بدينه يهبط الى درجة العبودية ويمتثل بالحل المعد لاعتقال المدينين ^(١) عند الدائن ويكره على العمل في مصلحة هذا الاخير . ولقد خفت وطأة الشدة هذه في روما ^(٢) وقد لوحظ عند العمل بالاوضاع الاولى القديمة الخاصة بالمرافعات للرومان ، أى في عصر دعاوى القانون ^(٣) انه تفرقت وسائل للحجز بها على أهوال المدين بجانب الوسائل الاخرى القاسية التي كانت ترمى الى الاستيلاء على جميع أموال المدين وحلول الدائن محلّه فيها ^(٤) . ولما جاء عصر تحرير الدعوى في شكل استمارة مكتوبة ^(٥) وذلك في غضون القرن الرابع لروما كان الدائنون يلجأون الى الطريقة السبّاء « وضع اليد على أملاك المدين » ^(٦) وهي التي تنتهي الى بيع أملاكه برمنها بلزاد ^(٧) وهي تصفية تشبه في كثير من الوجوه الافلاس المدني ^(٨) . على أن وضع اليد والبيع ولو أنهما من الطرق المدنية الا أن من نتائج بيع كل ما يملكه المدين الخلق وصمة العار بالمدين ^(٩) وهذا أثر من الآثار

(١) *ergastule privé* (٢) تنفيذ الدكتور عبد الفتاح بك السيد من ١٥ ن ٢٣ وما بعدها

تحت عنوان « الاكراه البدني ولمحة تاريخية فيه » . - انظر مذكراتنا في القانون الروماني

(٣) *période des actions de la loi* (٤) *bonorum cessio* و *pignoris capio*

(٥) *période formulaire* (٦) *missio in possessionem* (٧) *bonorum venditio*

(٨) *faillite civile* (٩) *infamie*

الجناية التي ظلت لاصقة بالمدن إذا أعوز . وفي مدة حكم «تراجان»^(١) وأنطونين^(٢) قررت احتياطات أخرى^(٣) تشبه أنواع الحجز^(٤) للمعروف الآن

وبعد سقوط دولة الرومان عاد العمل بالعقوبات الأولى التي كان معمولاً بها ضد المدنيين المسيرين . فكان جزاء الدين المعسر توقيع عقوبات جسمانية عليه مثل الجلد^(٥) أو الحبس أو توقيع عقوبات دينية عليه مثل التعزيم^(٦) وهو الحرمان من الاتصال بالكنيسة . ولما جاء القرن الثالث عشر تقرر الأخذ بوسائل أخرى كانت ترمي إلى التنفيذ على ممتلكات المدن مبتدئة أولاً بالنقولات فقط ثم بجميع النقولات مع المقارات . وتقرر العمل بفرنسا بالأكرام الجسماني^(٧) وقد ألغى بقانون ٢٢ يوليو سنة ١٨٦٧ وكان هذا القانون يقضى بإجابة الدائن إلى طلب حبس مدينه الممتنع عن الوفاء إذا كان بيد الدائن حكم أو مسند رسمي . وكان الغرض من حبس المدن لأكراهه على اظهار ما خبأه من ماله أو الدفع بأهله وذوي قرابه الى تسهيل سبل الوفاء أمامه . وكان الحبس جائزاً في جميع المسائل التجارية . أما في المسائل المدنية فبقيا يتعلق فقط ببيع الشيء مرتين^(٨) أو الوديعة الجارية^(٩) وكان لا يعمل به ضد القصر ولا عن الديون التي تقل عن ٣٠٠ فرنك . وكان يجوز للمدين فراراً من الحبس أن يتنازل لدائنه عن ادارة كل ما يملك^(١٠) وكان الحبس جائزاً في المسائل الجنائية . وقد أبطل هذا القانون سنة ١٨٦٧ فيما عدا هذه المسائل الاخيرة أى أنه لا يعمل به الآن الا في التعويض للمدني المحكوم به في مسألة جنائية من محكمة جنائية أو محكمة مدنية اذا سبق صدور الحكم جنائياً ، حتى لو كان الامر الجنائي نتيجة رعونة أو عديم احتياط . أما اذا كان التعويض مدنيا صرفاً ومهما كان بسوء نية فلا يجوز فيه الحبس مثل بيع الشيء مرتين بفرنسا أو رفع دعوي على شخص بقصد التنكيل به أمام القضاء . ولا يسرى الحبس على المدعي الذي يخسر دعواه . وكان سبب

(١) Antonin (٢) Trajan (٣) pignus in causa iudicati و bonorum distractio captum (٤) contrainte par corps (٥) excommunication (٦) fustigation (٧) saisie (٨) cession des biens (٩) dépôt nécessaire (١٠) stellionat

بطلان العمل بهذا القانون أنه لا يتفق مع السكرامة الاخلاقية للانسان من الوجهة العامة . ويجوز للاجانب أن ينتقموا به ^(١)

أما في مصر فلا يمكن التنفيذ الآن الا على أملاك المدين فقط وهي الضامن الوحيد للدائن . ويجوز التنفيذ الجسائي عما هو مغلوب للحكومة من الغرامات والمصروفات في العقوبات الجنائية . على أنه من المقرر في المسائل التجارية أنه اذا حصل انلاس المدين بشئ وتدلّس حكم عليه بالعقوبات الجسائية بمقتضى قانون العقوبات . وبجانب الافلاس بالتدلّس توجد التصفية القضائية ^(٢) في فرنسا وهي تخفف من وطأة النوع الاول من الانلاس بحيث يصبح الافلاس فيها مدنيا صرفا لمن لم ينهض بهم الكسب والرواج التجارى في أعمالهم التجارية وفي القانون التجارى المختلط نصوص تميز الصلاح للتاجر عن النية متى لاحظ منعاً لاشهار افلاسه ^(٣) وهي مقررة في المواد ٢٠٥ وما بعدها بمقتضى دكر يتو ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠

(٢) في نظرية الضمان العام

٣١٦ - تنصب حقوق الدائنين على جميع أملاك مدينهم . أى أنه يجوز لهم أن يتقاضوا حقوقهم من ثمن جميع الحقوق المالية ^(٤) المملوكة للمدين وهي الحقوق الشخصية والحقوق العينية والفكرية ، أى جميع الحقوق ما عدا ما لا يقوم منها بمال . ويتقاضى الدائنون حقوقهم من مجموع ممتلكات المدين باعتبارها وحدة معنوية قانونية ^(٥) مكونة من الممتلكات الحاضرة والمستقبلية . فبينما كان الدين مالا وجسما ضماناً في الأزمان السابقة لدائنيه أصبح لا يضمن لهم ديونهم الا فيما يملكه من الحقوق القومة بمال أى في ماله فقط . وهذا هو ما تقول به المادة ١٤١ / ٢٠٢ مدنى والمادة ٦٧٩ / ٥٥٥ مدنى ٢٠٩٢ فرنسى : قالت المادة ٥٥٥ / ٦٧٩ ما يأتى : « يجوز للدائنين العاديين أن يستوفوا ديونهم من جميع أموال مدينهم لكن مع مراعاة الاجراءات القانونية المقررة في القانون » أما تعبير المادة ٢٠٩٢ فقد جاء أكثر

(١) انظر تاريخ كيفية حصول الدائن على دينه من مدينه والادوار التي مرت به شرح المدنى

افتتحى باشا زغلول ص ٣٨١-٣٨٤ وهي صفح قيمة liquidation judiciaire (٢)

Concordat préventif (٤) droit patrimonial (٥) universalité juridique (٣)

شمولاً، إذ قالت: «كل من التزم شخصياً أصبح ملزماً بالقيام بتمهده على جميع منقولاته وعقاراته الحاضرة والمستقبلية: والدائن اختيار أى منقول وأى عقار مملوك لمدينه لبيعه بالقضاء وتقاضى دينه من ثمنه، أى أن منقولات وعقارات المدين بالنسبة للوفاء بديون الدائنين هي مثالية^(١) أى يحل بعضها محل البعض الآخر بحسب اختيار الدائن^(٢)»

٢١٧ - وليس مال المدين في مجموعه خاصاً بطائفة الدائنين العاديين^(٣) فقط كما يوم نص المادة ٦٧٩/٥٥٥ مدنى بل هو ضامن لجميع الدائنين على اختلاف طبقاتهم الخمس المقررة في المادة ٦٧٨/٥٥٤ مدنى، أى الدائنين العاديين والدائنين المرتبهين^(٤) والدائنين أصحاب حق الاختصاص^(٥) والدائنين الممتازين^(٦) والدائنين أصحاب حق الحبس^(٧) فإذا لم يف المقار المرهون بدين الدائن غير العادى انقلب هذا الاخير فى باقى دينه الى دائن عادى وأصبح له ما لهذا الاخير من حق التنفيذ على أملاك المدين برمتها بالرجموع الى حق الضمان العام المقرر لجميع الدائنين من قبل. والمادة ٢٠٩٢ فرنسى أصرح فى هذا البيان من المادة المصرية^(٨)

٣١٨ - على أن القانون الفرنسى رأى تقييد حق الضمان العام هذا من حيث التنفيذ فى مسائل ثلاث بردت على سبيل المحصر وهى (١) يجب على دائن القاصر أن يبدأ بالتنفيذ على منقولات القاصر أولاً فإذا لم تف بدينه جاز له التنفيذ على العقارات (المادة ٢٢٠٦). (٢) على الدائن المرتبه أن يبدأ أولاً بالتنفيذ على المقار المرهون. فإذا تبق له شئ جاز التنفيذ على بقية أملاك المدين (المادة ٢٢٠٩) (٣) لا يجوز المحجز على العقارات الشائعة بمعرفة أحد دائنى المالكين على المشاع ما دام الشيوع قائماً (المادة ٢٢٠٥)

٣١٩ - ولم ترد هذه القيود بالقانون المصرى. وعلى ذلك فلا يعمل بها هنا

(١) fungibles (٢) راجع كتاب التنفيذ لكتور ابو هيف بك بند ٦٣٨ - ٦٣٩
(٣) créanciers ordinaires أو créanciers chirographaires (٤) créanciers
(٥) affectation (٦) créanciers privilégiés (٧) droit de rétention (٨) وعلى ذلك اذا لم يف المقار المرهون بدين كله فلهذا ان يطلب توقيع اختصاص على عقارات مدنية. وما دام انه لا سبيل له فى ذلك الا بحكم فله حينئذ الحق فى رفع دعوى وطلب حكم ثم طلب الاختصاص: ٢٣ يناير سنة ١٩١٩، ٣١، ١٣٧

لأنها نصوص مقيمة لحرية التنفيذ . وما ورد على خلاف القياس لا يقاس عليه . وعلى ذلك يجوز للدائن بمصر أن ينفذ كما يشاء على ممتلكات مدينه مع القيود والاجراءات المقررة في قانون المرافعات وهي : (١) لا يجوز له المحجز على ما منع منه بنص (انظر المواد ٤٣٤/٤٩٦ مرافعات الخاصة بمنع المحجز على أجر الخدمة وشهرياتهم الا بقدر معين ، والقانون نمرة ١٧ لسنة ١٩١٨ الخاص بمنع المحجز على مرتبات الموظفين في الحكومة أو في مجالس المديرات أو في المجالس البلدية والمحلية وبلدية الاسكندرية . والمادة ٤٣٦/٤٩٨ مرافعات الخاصة بعدم المحجز على النفقات المقررة والمرتبة ولا على البالغ الموهوبة أو الموصى بها للنفقة أو الشرط فيها عدم جوار المحجز عليها . وقانون أول مارس سنة ١٩١٣ رقم ٣ الخاص بعدم المحجز على أملاك أصاغر المزارعين ^(١)) - ٢) اذا كان في حق الاختصاص اطلاقاً من حيث طلبه فهو مقيد في تقريره بقرار القاضي من حيث جواز تعيين جزء من العقار لتوقيع الاختصاص عليه دون الباقي (المادة ٦٨٢/٧٧٠ مرافعات) ولكن هذا لا يمنع الدائن من التنفيذ على كل ما يملكه مدينه بالطرق العادية

وعلى ذلك يرى أن الدائن المصرى أكثر اطلاقاً في حرية التنفيذ بدينه من الدائن الفرنسى لأنه ليس مقيداً بتلك القيود القسرية الثلاثة التى بينهاها . وأما القيود الاخرى المعرية فانها قيود روعيت فيها ضرورة حماية بعض الاشخاص إما لاتصالهم بالمصلحة العامة كموظفى الحكومة وإما حماية لانفسهم من غوائل العوز كالعامل والخدمة . وإما لاحترام غرض الموصى والواهب

٢٢٠ - وللدائن فيما عدا هذه القيود حق الضمان العام ^(٢) على أملاك مدينه . وكلمة الضمان هذه ترجمة للكلمة الفرنسية الموضوعه للرهن ^(٣) . وليس المقصود هنا معنى الرهن لأنه لا بد في الرهن من وضع يد الدائن على الشئ المرهون . أما الدائن العادي فليس له الا حق تقاضى دينه من جميع أملاك مدينه بدون أن يكون له حق يجعله ممتازاً على أي دائن آخر . والرهن حق عيني مسلط على شئ معين . وهذا الحق ليس مقرراً للدائن العادي . وعلى ذلك يستنتج ما يأتى :

(١) راجع في شرح هذه المسائل كتاب التنفيذ للدكتور ابو هيف بك من بند ٢٨٣ الى بند ٣٣٠
(٢)gage général (٣)gage

(١) ان للدائن المرتهن رهن حيازة^(١) وهو صاحب حق الرهن الحيازي، حق الافضلية^(٢) على الدائنين الآخرين ومنهم الدائنون العاديون بالنسبة لقيمة الشيء المرهون تحت يده. وليس لهم مزاحته فيه لوجوده تحت يده بمقتضى حق الحبس^(٣) فاذا تقاضى كل دينه من ثمنه جاز للآخرين تقاضى ديونهم من بقية الثمن ان كانت له بقية والا فقد فاز بدينه، وأما هم فلا. أما الدائنون العاديون أصحاب حق الضمان العام على أملاك المدين فليس لهم حق الافضلية هذا بل يتقاسمون فيها بينهم ثمن أملاك مدينهم وبنسبة ديونهم مهما كانت تواريخها، وهذه قاعدة عامة قررتها المادة ٢٠٩٣ فرنسي اذ قالت ما يأتي: « ان أملاك المدين ضامنة ضمناً عاماً »^(٤) لديون دائنيه. ويوزع الثمن بينهم بنسبة ديونهم^(٥) الا اذا وجدت بين الدائنين أسباب شرعية للتفاضل. « وليس بين الدائنين العاديين أى وجه للتفاضل حتى ولو أتى بعدهم دائنون عاديون آخرون متأخرون في تاريخ ديونهم. وهذه المساواة في تقاضى الحقوق بين الدائنين العاديين قررها القانون المدني كما رأينا. وقررها أيضاً القانون التجارى فيما يتعلق بالافلاس والتصفية القضاية والتصلح بالجرأت معقدة تحتاج لمصاريف عديدة قد تستهلك ما للمدين الفليس من الديون لدى الغير. أما الافلاس المدني^(٦) وهو افلاس غير التاجر أى اعسار غير التاجر وعجزه عن الوفاء بديونه فانه لم تقرر له أصول وقواعد بالقانون المدني كما تشعبت الأصول وتعددت القواعد في الافلاس التجارى^(٧) وأصبحت نظرية الافلاس المدني من المسائل التى اشتغل بها بعض المفكرين فيما اذا كان يمكن تقرير بعض الاصول المقررة في الافلاس التجارى للافلاس المدني أم لا يمكن. ولكن يظهر أنه من المتفق عليه انه ليس جائزاً، في حالة التسوية بين الافلاسين تقرير المساواة بين الدائنين في حالة الافلاس المدني والتجارى وهى المساواة الخاصة بنزع أملاك المسر من يده^(٨) وبيع ممتلكاته صفقة واحدة في مصلحة الدائنين^(٩) كما

(١) créancier gagiste (٢) droit de préférence (٣) droit de rétention (٤) gage commun (٥) au marc le franc (٦) déconfiture (٧) وأشار القانون المدني الى الاعسار المدني بالمادة ٢٨١ / ٣٥٣ فيها يتعلق بالمشتري المسر. ولج الى ذلك في المادة ١٠٢ / ١٥٦ فيها اذا وقع المدين في حالة افلاس أو أضف من الضمانات المقررة لدائنين في سبل التنفيذ بمقتضى (٨) dessaisissement de l'insolvable (٩) procédure collective

في حالة الافلاس التجارى^(١)

(٢) ان للدائن المرتهن تأميناً^(٣) حق تتبع العقار^(٤) في يد من وجد . أى ان المشتري للعقار من المدين ملزم باحترام حق الدائن المرتهن الموقَّع على العقار . أما الدائن العادى فهو محروم من حق التتبع هذا . وما يجزئ مدينه من تصرف عيني عقارى في العقار حجة عليه أى أن طبقة الدائنين العاديين يصبحون ممثلين في شخص مدينهم عند تصرف هذا الاخير في ممتلكاته . أى أن الدائن خلف علم لمدينه^(٥) ولا يمكن الطعن في تصرفات المدين الا بدعوى خاصة يجب ان تتوافر شروط خاصة من أجل قبولها .

(٣) في وسائل تحقيق الضمان العام

هناك نوعان من الوسائل لاجل الانتفاع من حق الضمان العام : وسائل تنفيذية ووسائل تحفظية^(٥)

٣٢١ — أولاً : الوسائل التنفيذية^(٦) : يراد بهذه الوسائل ما يلجأ اليه الدائن للحصول على دينه من قيمة مال مدينه . وذلك لا يكون الا اذا كان الدين محققاً^(٧) أى ثابتاً في الذمة ، واقعاً فعلاً^(٨) وليس محتمل الوقوع^(٩) أو معلقاً على شرط^(١٠) أو معقوداً بأجل وان يكون مقدراً بالتعيين^(١١) وحالاً^(١٢) أى غير مؤجل الى أجل^(١٣) وان يكون الدين مؤيداً بسند تنفيذى^(١٤) أى بحكم أو سند رسمى ، وعليه الصيغة

(١) فاون ما جاء في كتاب التنفيذ للدكتور ابو هيف بك بند ١٥ حيث يقول : ولا تحجز أموال المدين وتباع صفقة واحدة ولو كان مسراً وانما يحجز على كل وحدة منها ولو أدى ذلك الى تجريده المدين من جميع أمواله اللهم الا ما ينص القانون على عدم جواز حجزه . — راجع فيه أيضاً بند ١٣١٥ حيث قرر أن المحكمة قد حكمت بدم جواز تعيين حارس على أموال المدين عامة لادارتها لمصلحة الدائنين وتسديد ديونهم من ايرادها أو من ثمنها وذلك لان هذا يعتبر بمثابة تقرير لقواعد الافلاس لغير التجار (٢) créancier hypothécaire (٣) droit de suite (٤) ayant-cause universel (٥) كابتان ص ٤١ وما بعدها . ومجموع هذه الوسائل يكون دراسة السنة الرابعة في المرافعات وموضوعها يسمى دراسة طرق التنفيذ والتعفظ في المواد المدنية والتجارية . (٦) procédés d'exécution (٧) certain (٨) ferme (٩) non éventuel (١٠) condition (١١) liquide (١٢) exigible (١٣) terme (١٤) titre exécutoire

التنفيذية بتكليف رجال السلطة العامة بالعمل على تنفيذه

وهذه الوسائل على نوعين :

(١) وسائل تنفيذ مباشر^(١) : وهي تنحصر في إكراه المدين على بيع أملاكه بعضاً أو كلاً ليأخذ الدائن دينه من ثمن الصفقة وهذا يحصل بالحجز^(٢) اما على المنقولات ويسمى بالحجز التنفيذي^(٣) واما بنزع الملكية العقارية^(٤) في القانون الاهلى أو الحجز العقارى^(٥) في القانون المختلط والفرنسى أو بأى حجز آخر يلائم طبيعة المحجوز عليه وحالته .

٢ - وسائل التنفيذ غير المباشر^(٦) : وتنحصر هذه الوسائل في ان

الدائن يعمل على ان يحل محل مدينه في استعمال^(٧) حقوق هذا الاخير حتى يجمع مبلغاً كافياً للوفاء لدينه ثم يتخلى عن الادارة ويستخدم هذه الوسائل في الحقوق غير المادية^(٨) التى تكون للمدين لدى الغير والوسيلة التى قررها القانون لتحقيق التنفيذ غير المباشر هي الحجز على ما للمدين تحت يد الغير^(٩) فيستعين بها الدائن لمنع مدين مدينه من دفع ما لهذا الاخير قبل الغير . وله فوق ذلك حق تقاضى دينه من هذا المبلغ المحجوز عليه . وذلك بواسطة القضاء وهذه الطريقة في الحجز على ما للمدين تحت يد الغير طريقة سريعة ليس من الضرورى فيها أن يكون الدائن حاملاً لسند تنفيذى أو أن يكون دينه مقدراً بالتميين^(١٠)

٣٢٢ - ثانياً) الوسائل التخفيفية^(١١) : يخشى الدائنون العاديون

من تعذر أو استحالة تحصيل ديونهم اذا ترك حق الضمان العام دون حماية مقررة

(١) exécution directe (٢) saisie (٣) saisie-exécution (٤) expropriation immobilière (٥) saisie immobilière (٦) exécution indirecte (٧) exercice (٨) droits incorporels أو droits de créance (٩) saisie-arrêt أو saisie-opposition (١٠) يلاحظ وجود خلاف كبير في هذه النقطه بين القانونين المصرى والفرنسى حيث القانون المصرى يقضى على وجود نوعين من حجز ما للمدين لدى الغير احدهما تنفيذى والثانى تحفظى بعكس القانون الفرنسى فالاجراءات فيه واحدة سواء كان ييد الدائن سند تنفيذى ام لم يكن - راجع كتاب التنفيذ للدكتور ابو هيف بك بند ٤٣٨ وما بعدها (١١) procédés de préservation

من جانب القانون : اذ يخشون أن تختفي أملاك المدين بما يجبره فيها من تصرف ^(١) أو من تحويلها الى أشياء أخرى يسهل اخضاؤها أو من اهلاكها في المحافظة عليها . لذا رسم القانون طرقاً لحماية الدائنين . وهذه الطرق على نوعين : — طرق مانعة وطرق مصححة

١ . - "الطرق المانعة" ^(٢) وهي على جملة أنواع

(ا) الوسائل التحفظية ^(٣) الحقيقية وهي الوسائل المعدة لمنع الاختلاسات المادية كوضع الاختتام ^(٤) والجرد ^(٥) في حالة الافلاس ووقاية المدين ^(٦)

(ب) مظهر التصرف ^(٧) وهو منع المدين من التصرف في ماله المحجوز عليه أو المتزوعة ملكيته منه . وذلك كنتيجة من نتائج الحجز : ففي الحجز العقاري المختلط قرر القانون المختلط منع المدين من التصرف في عقاره المحجوز عليه من تاريخ تسجيل تنبيه نزع الملكية ^(٨) وإذا تصرف أصبح تصرفه باطلاً من تلقاء نفسه دون الحاجة الى حكم (المادة ٦٠٨ فقرة أولى مختلط) . وقرر القانون الاهلي الحاق ثمره العقار المتزوعة ملكيته من العقار ^(٩) من تاريخ تسجيل التنبيه (المواد ٥٤٠ و٥٤١ و٥٤٢ مرافعات أهلي) والذي يقول به رغم معارضة الممارضين انه اذا انصب الحظر على الثمرة فن باب أولى أن ينصب على العين ^(١٠) . فالمنع قائم حينئذ أهلياً ومختلطاً . ويلاحظ أن لهذه الحيلة عيبين . أولاً أن الحظر جاء متأخراً بخلاف الحجز على مال المدين تحت يد

(١) aliéner (٢) mesures préventives (٣) mesures conservatoires (٤) apposition des scellés (٥) inventaire (٦) راجع كتاب التنفيذ المذكور بند ١٢٠٣ وما بعده (٧) indisponibilité (٨) transcription du commandement

(٩) Immobilisation des fruits (١٠) في هذا الموضوع اختلاف كبير في الرأي يرجع الى كتابنا في المداينات او الالتزامات ج ٢ ص ٣٦٩-٣٧٠ والى كتاب التنفيذ كدور ابو هيف بك بند ٧٠٤ ، وهو من اشد انصار المعارضة ضد هذا الرأي ويؤيدنا في رأينا الدكتور عبدالفتاح السيد بك (التنفيذ ص ٣٩٣ و١٠١ بعدها) ن ٥٦٥ وما بعدها . وهذا ولما لم ينص القانون الاهلي على منع التصرف فقد آثار هذا السكوت ثائرة الشارحين بمصر . وان كان امر النص مرغوباً فيه في هذه الحالة من جانب الشارع الا اننا نرى وجوب منع التصرف في القانون الاهلي بالرغم من كل الاعتراضات البوجبية المقدمة ضد رأينا هذا لاننا نرى من المصاحبة حفظ لنتائج التنفيذ ان تعبت بهايه المدين وذلك بالرغم

الغير وبعض المحجوزات الثانوية الاخرى مثل المحجز الاستحقاقى ^(١) المقرر للمالك المنقول فى القانون المصرى، والمحجز على منقولات المستأجر ^(٢) فان مجرد توقيع المحجز فى هذه الحالة وتعيين حارس على المنقولات المحجوزة يمنع المدين من البعث بها. ولكن فى المقار تأخر النتائج : ومن نتائج تأخير الحظر هذا تمكين المدين قبل وقوعه من التصرف فى ماله . - ثانياً : ان الحظر هذا غير كاف لانه اذا منع المدين من التصرف فى المقار المحجوز عليه أو المنزوعة ملكيته فانه لا يمنع من تقرير التزامات بذمة لمصلحة الغير فىأتى هذا الغير ويزاحم الدائن الحاجز ويطالب بحق المساواة والدخول فى عملية توزيع الثمن وأخذ نصيبه بنسبة دينه

ج) **من التدخل فى الدعوى** ^(٣) للدائن حق التدخل فى الدعاوى التى ترى فيها مصلحة له درأاً لخطر يهدده عند تقاضى دينه كما يحصل مثلاً فى حالة القسمة الحاصلة بين مدينه المالك على المشاع مع بقية الشركاء (المادة ٤٦٠ / ٥٧٥ مدنى و١٨٨٨ فرنسى)

د) **من المقاضاة باسم المدينه** وهو المسمى بجواز رفع الدعوى غير المباشرة ^(٤) أو دعوى الحلول ^(٥) وذلك فيما اذا أهمل المدين تقاضى حقوقه من مدينه بما فيه اضراراً بما له (للمادة ١٤١ / ٢٠٢ مدنى و١١٦٦ فرنسى)

٢. - **الطرق المصححة** . ^(٦) وهى دعوى الابطال ^(٧) التى يرفعها الدائن

من عدم وجود النص وتسمى ان يدون المشرع المصرى نص المنع حتى يصون التنفيذ العقارى امام المحكمة الاهلية من البعث به . هذا ويلاحظ ان مجرد توقيع المحجوز التحفظية والتنفيذية من جانب الدائن يحول دون حرية المدين فى التصرف فى الشيء المحجوز. وذلك لان المحجوز لديه فى المحجز تحت يد الغير على ما للمدين يمنع من الدفع الى المدين الا بطريق خاص يسمى التخصيص (كتاب التنفيذ للدكتور ابو هيف بك بند ٥٤٤ وما بعده) ومجرد تعيين حارس على المنقولات المحجوزة يؤدى الى هذا الفرض لان من واجبات الحارس المحافظة على الشيء المحجوز بعكس المالة فى التنفيذ العقارى فان منع المدين من التصرف لا يكون الا من بعد تسجيل التنبيه فى المحتلط وهو يختلف فى امرقى الاهلى كما رأينا

(١) saisie-revendication (٢) saisie-gagerie (٣) intervention
(٤) action oblique أو action indirecte (٥) action subrogatoire (٦) mesures
(٧) action paulienne أو action révocatoire réparatrices

لإبطال التصرفات التهريرية الصادرة من المدين اضراراً بدائنية (المواد ١٤٣/ ٢٠٤ مدني و ٥٥٦ و ٦٨٠ مدني ١١٦٧ فرنسي)

هذه هي الوسائل التي قررها القانون لحماية الدائن من اهمال مدينه أو سبه في الاضرار به . ولما كانت هذه المسائل مجموعاً من الاحتياطات المقررة بقانون المرافعات والقانون المدني فانا نتصر القول هنا على ما اتصل بالقانون المدني دون غيره . ومن أم هذه الوسائل الدعوى غير المباشرة ودعوى الإبطال نظراً لما لها من الأهمية الكبرى في مجالات العمل والتقاضى وعلى الأخص : نيتها . ونفرد القول لها الآن ^(١)

١ - في الدعوى غير المباشرة

أو في قيام الدائن مقام مدينه في استغلال الحقوق ومباشرة الدعاوى ^(٢)

٣٢٣ - من نتائج حق الضمان العام المقرر للدائن على أملاك مدينه ، حق الدائن في السعي للمحافظة على هذه الاملاك بحيث يجوز له أن ينوب عن المدين ليحول دون سقوط حق من حقوق المدين والعمل على تحقيق ما لهذا الأخير من الديون على الغير ^(٣) والدائن لا يعمل في هذه الاحوال على تنمية مال المدين . لان الديون التي للمدين قبل مدينه مقررة من قبل ، بل يعمل فقط على المحافظة على بقائها حتى لا تسقط أو على تحقيقها بالفعل وادخلها في جيب المدين ليسرل عليه تقاضى دينه منها . فاذا كان لمدينه حق قبل الغير جاز له مقاضاة مدين مدينه هذا وأخذ حقه من الدين . وفي ذلك يقول المادة ١٤٩/ ٢٠٢ مدني ما يأتي : « لا تترتب على المشاركات منفعة لغير عاقدتها الا للمداني العاقدته يجوز لهم بمقتضى ما لهم من الحق على عموم اموال مدينهم أن يقيموا باسمه الدعاوى التي تنشأ عن مشارطاته ^(٤) أو عن أى نوع من أنواع التعهدات ^(٥) ما عدا الدعاوى الخاصة بشخصه » ^(٦)

(١) كابتان ص ٤١ — ٤٣ (٢) كابتان ص ٤٣ — ٤٩ والمباش ١ من ص ٤٣ — ٥٠ بلانول ص ٩٧ — ١٠٤ ن ٢٨٠ — ٢٩٥ (٣) ولا يوجد في القانون نص يبيح للمدين رفع دعوى باسم دائته : استئناف ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٢١ م ت ق ١٧٥ ٣٤٥ — والدعوى هذه خاصة بطلب ضم شيء الى مال المدين لا من شأن سحب شيء من مال المدين لصالح الغير : استئناف ١٠ يونيو سنة ١٩٠٣ م ت ق ١٥٤ ، ٣٤٣ (٤) (٥) ou de toute autre actions purement personnelles (٦) source d'obligation

وتقول المادة ١١٦٥ فرنسي ما يأتي : «لا تتعدى آثار العقد الطرفين المتعاقدين. ولا تضر هذه الآثار بالتغير. ولا تقيد الا في الأحوال المنصوص عنها بالمادة ١١٢١»
وتقول المادة ١١٦٦ فرنسي ما يأتي : «وعلى ذلك يجوز للدائنين استعمال^(١) جميع الحقوق والدعاوى الخاصة بمدينهم ماعدا ما كان منها خاصاً بشخصه المحض»^(٢).

٣٢٤ - فإذا قصر المدين في قطع التقادم الذي سيتم لإضراراً به أو رفض قبول وصية أو أخذ حقه في ميراث أو أبي الاشتراك في قسمة الميراث جاز للدائن أن يعمل في هذه الأحوال ما كان يعمل المدين بالذات ، ذلك المدين الذي ما أحجم عنها الا لاعتقاده بأن ما يحصله انما يذهب لجيوب دائنيه وفاء لديونهم المطلوبة لهم منه . وما كان للدائن الا أن يحمل محل مدينه في هذا العمل ولا يستطيع الحجز على هذه الحقوق مادام أنها لم تدخل في مال مدينه دخولاً فعلياً وتتجسد فيه وذلك فيما يتعلق بديونه المطلوبة له . لا فيما يتعلق بالدعاوى . نعم قد يجوز أن يكون من المتصور جواز الحجز على الدعوى العقارية^(٣) أو دعوى المنقول وبيعها ولكن ذلك عديم الجدوى من الوجهة العملية لان الدعوى للطروحة للبيع لا نجد في الغالب مشترياً^(٤) . ونظراً لهذه الصعوبات العملية رأى الشارع ضرورة حلول الدائن محل مدينه في هذه الأعمال جميعها والاباحة له بأن يعمل ما كان يعمل مدينه فيما لو أراد هذا الأخير أن يعمل سواء كان فيما يتعلق بالحقوق^(٥) أو الدعاوي^(٦) أي أن الشارع قرر للدائن هذا الحق وسماه بحق رفع الدعوى غير المباشرة .

٣٢٥ - وأخذت هذه الدعوى غير المباشرة المقررة بالمادة ١١٦٦ فرنسي المقابلة للمادة ١٤١/٢٠٢ المصرية عن الشارحين السابقين على وضع القانون الفرنسي في سنة ١٨٠٤ اذ قال بها دوما وبوتييه . ونقلها هؤلاء الشارحون عن القانون الروماني . ولكن الدعوى غير المباشرة في الشرائع السابقة تختلف بكثير عنها في الوقت الحاضر : ذلك لانه كان يهدف في رفعها الى وصى^(٧) يعمل باسم جميع الدائنين . وكان الحكم يصدر في مصلحة الجميع بوضع اليد على كل ممتلكات المدين^(٨) . وهذه الاجراءات

(١) exercer (٢) exclusivement attachés à la personne (٣) action immobilière (٤) قانون ما ذكره الدكتور أبو هيف بك في كتاب التنفيذ ٢٨٧ (٥) droits (٦) actions (٧) curateur (٨) missio in possessionem

تشبه التصفية العامة في مصلحة الدائنين^(١) وهذا على خلاف ما هو معروف الآن عن هذه الدعوى في أنها مجرد احتياط شخصي موقوف تقعه على من قلم به^(٢). والدعوى على هذا الاعتبار الشخصي لا تصلح مطلقاً فيما إذا كان الدين تاجراً مادام أن القانون التجارى يقرر الافلاس والتصفية القضائية. وذلك لأن من شأن إشهار الافلاس إيقاف جميع الدعاوى المرفوعة من الدائنين على الدين - ويقوم مقامهم وكيلهم^(٣) الذي يعمل باسم جماعة الدائنين^(٤) فيرفع الدعوى باسم الدين ويحصل حقوقه باسمه أيضاً. فإذا تقرر تشريع الافلاس المدني^(٥) أصبحت المادة للقررة للدعوى المباشرة ملغاة لاعمل لها مادام أن نائب جماعة الدائنين هو الذي يتولى العمل مكانهم في رفع الدعاوى وتحصيل الحقوق. هذا ويلاحظ أن الدعوى غير المباشرة لم تنسج مجال الأخذ بها في مجالات العمل الا في بعض أحوال خاصة تقضى بها الضرورة. والسبب في ذلك أن الدين للدائن يدين مدينه في الغالب بمبلغ من المال. فإذا عمل الدائن على رفع الدعوى غير المباشرة فإنه لا ينتهي الا بالحاق المبلغ بمدينه. وفي هذه الحالة يغلب أن يتصرف فيه هذا الأخير بإصراراً بالدائن كما أنه من المؤكد بعد ذلك أن الدائن لا يستطيع أن يأخذ دينه الا اذا وقع حجزاً على ما يريد التنفيذ عليه. لذلك كله لا يلجأ الدائن الى الدعوى غير المباشرة بل يوقع من أول الأمر حجزاً تحت يد مدين مدينه^(٦) ثم يسير في طريق الدعوى باسمه خاصة فيطلب تثبيت الحجز^(٧) وينفذ على المبلغ وهو تحت يد مدين الدين مباشرة أو بعد إيداعه بخزينة المحكمة. فإذا أنكر المدين أو أنزع وجوده اتخذ معه الاجراءات اللازمة للاقرار بالدين أو أخذ حكماً عليه بقيمة الدين واستولى عليها بمقتضى حجزه السابق توقيعه^(٨).

(١) liquidation collective (٢) mesure individuelle (٣) syndic (٤) masse (٥) faillite civile (٦) saisie-arrêt (٧) validité (٨) راجع كتاب الدكتور

١ - في الحقوق والدعاوى التي يجوز للدائن استعمالها

٣٢٦ - الأصل في القاعدة أنه يجوز للدائن أن يستعمل حقوق ودعاوى مدنيته بوجه عام ما دام أنها تستحيل الى مبلغ من المال . فيجوز أن يقيد الرهن ^(١) الضامن لحق الدين اذا حصل عقد الرهن ولم يقيده المدين في السجل العمومي ، ويجوز له أن يسجل عقد شراء عقار اشتراه المدين ولم يسجله ، وأن يطلب القسمة ويرفع دعوى استرداد البيع يماً وقائماً أو للرهنون زهناً وقائماً ^(٢) ودعوى فسخ عقد البيع ^(٣) لعدم دفع الثمن ودعوى الضمان التي توجه ضد البائع هذه أمثلة عامة للقاعدة الاصلية في أن للدائن حق استعمال حقوق ودعاوى المدين

٣٢٧ - ولكن المادة ١٤١/٢٠٢ مدني و ١١٦٦ فرنسي استثنت من هذه القاعدة العامة الحقوق والدعاوى الشخصية المحضة . وهي كثيرة منها (١) الحقوق غير المالية ^(٤) وهي الحقوق التي لا تستحيل الى مبلغ من المال يضاف الى أملاك المدين مثل الحقوق العائلية أي الحقوق المتعلقة بالاحوال الشخصية . فلا يجوز حينئذ للدائن أن يرفع دعوى انكار النسب ^(٥) ولا دعوى اثبات النسب ^(٦) ولا دعوى الطلاق ولا دعوى ابطال الزواج . ولا دعوى تعيين المدين ناظراً لوقف ^(٧) ولكن يحصل أن من بين هذه الدعاوي ما يكون له صلة بمال المدين فيؤثر فيه تأثيراً ظاهراً مثل ثبوت نسب المدين الى رجل مات غنياً فانها شخصية ولا يجوز للدائن رفعها مع تأكيد مصلحته فيها . وكذلك دعوى الطلاق ودعوى ابطال الزواج فانها تظل عائلية أدبية لا تصطبغ بصبغة مالية فلا يجوز لدائن الزوج أن يطلب الحكم بطلاق زوجة مدنية ولا أن يطلب فسخ الزواج . حتى ولو مات الزوج فلا يجوز لدائنه ذلك أيضاً لأن له أن يستوفي دينه من التركة قبل كل وارث أخذاً بالقاعدة الشرعية المعروفة بأن لا تركة إلا بعد دفع الدين

(١) inscription (٢) action en réméré (٣) action en résolution (٤) droits extra-patrimoniaux (٥) action en désaveu (٦) action en recherche de filiation (٧) استئناف ٧ مايو سنة ١٩٠٨ م ن ٢٧٠

(٢) **بعض الحقوق المالية** ^(١) الاصل أن الحقوق المالية يجوز فيها رفع الدعوى غير المباشرة . ولكن هناك بعض من هذه الحقوق لا يصح أن تسري عليها الدعوى المباشرة من ذلك :

(١) **الحقوق التي لا يجوز المحجز عليها مطلقاً** ^(٢) هذه الحقوق لا فائدة منها ألبتة للدائن ما دام أنه ممنوع بالقانون من التنفيذ عليها لأخذ دينه منها لذا لا فائدة له من رفع الدعوى غير المباشرة . فلا يجوز له المطالبة بمرتب الموظف ولا المستخلم (المادة ٤٣٤/٤٩٦ مرافعات) ولا رفع دعوى بالتبانيه عن المدين بشأن المبالغ الموهوبة أو الموصى بها للنفقة أو المشتراط فيها عدم جواز المحجز عليها (٤٣٦/٤٩٨ مرافعات) الا اذا كان من الاشخاص الذين يجوز لهم المحجز في هذه الظروف . واذا اشترى مزاع عقاراً ودخل هذا العقار ضمن العقارات الصغيرة المملوكة لصغار المزارعين والتي لا يجوز المحجز عليها فقد يجوز القول بان ليس للدائن طلب تسجيل العقد ^(٣) وكذلك الحال أيضاً بشأن المادة ٥٥٥/٥١٨ مرافعات وما ورد بها من القيود الا بالنسبة لمن يجوز لهم المحجز فيها وهم بالنص أصحاب ديون النفقة وأجرة المسكن

(٢) **الحقوق الشخصية المحضة** : أخذ واضع القانون الفرنسي هذه العبارة عن الشارحين الفرنسيين المعروفين قبل سن ذلك القانون . ويلاحظ على هذا التقييد أنه غامض ويفتح دائماً أبواب الاختذ والرد لابهامه . وهي تنحصر في أنها حقوق مالية وقابلة للمحجز ويمكن تحويلها الى مبالغ من المال والحاقها بمال المدين ولكنها مع ذلك لا تنفصل عن شخص صاحبها وهو للمدين وتتصل به اتصالاً محكمًا للرابطة الادبية المحكمة أورابطة الاتصال الكلي كدعوى المطالبة بتعويض نظير سب أو قذف وقع على المدين الا اذا كانت الدعوى قد رفعت أو سبق تقديم شكوى بالسب للنيابة **في حق المطالبة بالتفعة** : وما القول بشأن حق التفعة هل هو شخصي أو

(١) droits patrimoniaux - بلانول من ٩٩/٩٩ (٢) - droits absolument insaisissables

(٣) ولكن يصح القول أيضاً بالجواز لان عدم جواز المحجز مقيد بكون المدين لا يملك أكثر من خمسة افدنه وقت تسديد الدين ووقت توقيع المحجز أو طلب نزاع المكيه وان عاقبة الدائن على حقوق المدين قد يجعله يملك أكثر من خمسة افدنه فيكون له مصلحة ويجوز له التنفيذ فيها

مالى؟ القول الملقى به أنه شخصى ولا يجوز للدائن المطالبة به . وهو كذلك فما اذا رجع في أصل الشفعة الى رفع ضرر الجوار . ولكن هل يظل هذا الرأي صحيحاً فيما اذا كان من وراء المطالبة بحق الشفعة زيادة في قيمة العقار الاصلية ورفع لضرر يهدده ، أو رفع لمائل كان ينزل بقيمته بحيث اذا رفعت قيمته بنسبة عظيمة؟ محل التردد في الاخذ برأي مناقض هو لأن الاستناد الى زيادة قيمة مال المدين أمر يدخل في ادارة هذا المال . وهذا هو غير العمل على تحصيل حق من الحقوق ، اذ التالى أصل للدعوى غير المباشرة ، والاول أجنبي عنها لذا كان الجزم بشخصية حق الشفعة ادعى الى قفل باب الاخذ والرد على غير جدوى

الرضاء فى الرب : هل يجوز للدائن أن يحل محل مدينه فى الرضاء بالهبة رضاء رسمياً إذا أبى المدين قبول الهبة ؟ نقول لا . لأن الرضاء هنا متصل بمصلحة شخصية للموهور له اتصالاً أدبياً أخلاقياً ويستحيل على الدائن الحلول محل المدين فى هذه الاعترافات غير المالية . وهذا على خلاف ما رأيناه بشأن الوصية والميراث لأن الحق يقرر فيها بمجرد حصول الوفاة رضى الموصى له أو الوارث التثبت نسبته أو لم يرضيا . بخلاف الهبة قلنا لا تتم الا برضاء الموهور له رضاء رسمياً (المادة ٤٨ / ٧٠ مدنى و ٩٣١ فرنسى)

وما القول فيما اذا مات المدين للموهور له دون اظهار رضائه بقبول الهبة ؟ ماقرره القانون هو جواز اظهار الرضاء بواسطة الورثة المتمتعين بالأهلية أو بواسطة أصحاب الولاية عليهم اذا كانوا عديمي الأهلية (المادة ٥١ / ٧٣ مدنى و ٩٣٤ فرنسى) فهل الدائن ازاء الوارث صاحب الاهلية أو ازاء صاحب الولاية هو هو بعينه ازاء المدين للتوفى؟ نظن أن للاعتبارات الشخصية الأدبى منها والاخلاقي أثرأ فى هذا الرضاء . لذا نميل الى منع الدائن من الحلول فى هذه الحالة . ونخشى القول بالأخذ بنظرية الاعتساف فى استعمال الحقوق ^(١) فيما اذا أصر الورثة أو أصحاب الولاية عليهم على الاضرار بالدائن، نخشى ذلك لان تقدير الاعتساف فى دائرة الأخلاق والآداب محفوف بالخطورة والاحراج ونخشى معه شيوع الخطأ ، لدقة هذا التقدير ووعورة الفوص فيه

(٣) التعويض عن الاصابات الشخصية : قيل عن هذا التعويض انه شخصى محض ومتصل بنفس المصاب فإذا شاء المطالبة به فعل وإذا لم يشأ فلا يفعل وقيل إن السبب في ذلك ان هذه الدعوى هي من نوع دعوى الانتقام والأخذ بالثأر من طريق القضاء^(١) ولكن لوحظ على هذا الرأي انه غير صالح لتبرير الحظر في رفع دعوى التعويض لأن دعوى التعويض من جنحة أو شبه جنحة لا ترمى مطلقاً الى الانتقام والتشفي من الفاعل بل هي ترمى الى سد الثغرة التي تسبب في فتحها الفاعل بمال المصاب

ب. - في شروط الدعوى غير المباشرة^(٢)

٣٢٨ - لقد اختلف الشارحون في معرفة ماهية هذا الحق المقرر للدائن في رفع الدعوى غير المباشرة وكيانه القانوني^(٣) وكتبوا فيه كثيراً واستنتجوا كثيراً وقيده بشروط عدة . فقال بعضهم بتشبيه هذا الحق المقرر بالمادة ١٤١/ ٢١٢ مدني و ١١٦٦ فرنسي بعمل من أعمال التنفيذ^(٤) أى بالحجز على أملاك المدين . ورتبوا على ذلك النتائج الآتية : وهي ضرورة أن يكون دين الدائن مستحقاً حالاً وقابلاً للتنفيذ . ولكن لا يمكن قبول مثل هذا الرأي لانه يخالف الحقيقة على خط مستقيم وذلك لأن الدعوى غير المباشرة هذه لا يقصد بها الحجز ولا نزع الملكية بل الغرض منها منع المدين من التسبب في ضياع شيء من ماله . - وقال البعض الآخر برأى يناقض الرأي الاول اذ قلوا بأن هذه الدعوى غير المباشرة لم تخرج عن كونها مجرد احتياط تحفظي . ولوحظ على هذا الرأي الأخير من الوجهة القانونية البحتة انه هو الآخر غير صحيح وذلك لأن الدائن في رفعه لهذه الدعوى إنما يعمل على التدخل في شؤون المدين وأحواله وهو يرمى بذلك الى الحصول على مبلغ مملوك للمدين بالذات

٣٢٩ - والاصح في هذا كله هو عدم الأخذ بهذين الرأيين لانه يترتب على الأخذ بواحد منهما خلط في تقرير الاصول القانونية ويجب حينئذ تفسير المادة

(١) vendicatum spiraus م. ٢١٠، ٢٠٨١ ومقال «لايه Labbé» (٢) كابتان

م. ٤٤ - . يلايول م. ١٠٠ ن ٢٨٧ وما بعدها (٣) nature juridique (٤) acte d'exécution

١٤١/٢٠٢ مدني و ١١٦٦ فرنسي تفسيراً لا يخرج عما قررته هي بلا قيد ولا توسع. ذلك أنها تقرر للدائن حقاً خاصاً ولا تشترط شرطاً ما ولم تقيده بقيد ما . وعلى ذلك فلا يحل للمفسر أن يأتي من عندياته بقيود لم ينص عليها القانون ولم تقل بها نفس القواعد القانونية العامة^(١) وبناء على هذا التفسير الأخير يمكن القول بالتجويز للدائن الذي لم يكن معه سند واجب النفاذ ، باستخدام الدعوى غير المباشرة لان السند التنفيذي لا يشترط الا في حالة الحجز على أملاك المدين^(٢)

٣٣٠ - ويرى جمهور الشراح أنه يجب في دين الدائن أن يكون مستحقاً حالاً^(٣) من باب أولى وأن لا يكون معلقاً على شرط وحجتهم في ذلك انه اذا لم يكن دين الدائن مستحقاً لوقته ذهب عمله على غير جدوى ما دام انه لا يستطيع أخذه منه بمجرد نجاحه في الدعوى ولكن يلاحظ على هذا الرأي انه ليس من الاقتناع الى حد السكوت عليه : ذلك لانه قد يكون للدائن المعلق دينه على شرط أو الموقوف على زمن مصلحة ظاهرة في منع مدينه من التسبب في ضياع جزء من ماله يعول عليه هذا الدائن فيما بعد عند ما تأذن ساعة الوفاء . أو الرأي الصحيح في نظرنا هو انه سواء أ كانت مصلحة الدائن مستقبلة أم محتملة ففي ذلك الكفاية في تبرير تدخله في شئون مدينه متى كان لذلك مسوغ . وعلى ذلك يكفي في دين الدائن أن يكون محققاً^(٤) فاذا ثبت هذا التحقق جاز له رفع الدعوى غير المباشرة بلا قيد ولا شرط آخر متى لمح خطراً محققاً به حالاً أو مستقبلاً من جراء سكون مدينه وسكوته

٣٣١ - واذا كان الدائن صاحب الدين المحقق يرفع الدعوى غير المباشرة فهو يخضع حينئذ للقيود الخاصة بكل دعوى : أي يجب عليه اقامة الدليل على وجود مصلحة له من رفعها^(٥) لانه اذا انتفت المصلحة انتفت معها الدعوى^(٦) وهذه المصلحة مقدرة بالخطر الذي يهدده أي اعسار المدين^(٧) عند الوفاء أو اهمال المدين

(١) كولين وكاتبان ج ٢ ص ٤٧ (٢) س ١٠٩٠٢ ، ١١٣ و شمال ليون كان Lyon-Caen (٣) بلانيول ص ١٠١ ن ٢٨٧ ف ٢ - استئناف م ١١ فبراير سنة ١٩١٣ م ت ق ، ٢٥ ، ١٦٨ (٤) certain (٥) بلانيول ص ١٠٠ ن ٢٨٧ ن ١ - استئناف م ٦ مارس سنة ١٩٠٥ م ت ق ١٧١٠٧ (٦) pas d'intérêt pas d'action (٧) in-solvabilité

في المحافظة على حقوقه : فإذا تبين أن ليس هناك ائتمال وأن المدين موثر وليس معسراً فقد وجب رفض الدعوى^(١) ولا يكره الدائن على البدء أولاً بالقيام بإصدار مدينه بوفاء وإثبات التأخير عليه^(٢) لأنه في رفعه للدعوى غير المباشرة لا يطلب الوفاء إنما هو يعمل على منع المدين من الاضرار مباشرة أو بطريق غير مباشر بدائنه أى يعمل على إلحاق الدين بمال المدين.

ولا يلزم الدائن أيضاً بأن يرفع أولاً دعوى يطلب فيها إحلاله محل مدينه تمهيداً لرفع الدعوى غير المباشرة بعد ذلك . لأن رفع أى دعوى جائز لكل ذى مصلحة ولا حرج على من يريد رفعها . فلا محل لقيد لا فائدة تعود من ورائه^(٣) على أن العمل قد جرى أن لا يسير الدائن مع مدين مدينه في الدعوى دون ادخال مدينه خصماً فيها^(٤) وهو لا يعمل ذلك من طريق الخضوع لقيد قانونى ما دام انه يعمل بمقتضى مقرر له^(٥)، إنما يعمل ذلك من طريق الحيلة حتى اذا دفع مدين المدين الدعوى بعدم صحة الدين أصبح ذلك في مواجهة المدين ووجب على هذا الأخير الدفاع عن حقه . على انه اذا أهمل الدائن في ادخال مدينه خصماً في الدعوى فإن مدين المدين لا يتردد عادة في أن يدخله في الدعوى حتى يصبح الحكم حجة على الجميع اذ من المقرر أن الحكم الصادر في هذه الحالة لا يسرى على المدين الا اذا كان طرفاً في الدعوى كما سيأتي من النبة التالية .

ج - في نتائج الدعوى غير المباشرة

٣٣٢ - تختلف آثار الدعوى باختلاف الاحوال وهي ثلاث :

(١) آثار الدعوى بالنسبة لمدين المدين : يدفع مدين المدين الدعوى في مواجهة الدائن كما يدفعها في مواجهة دائنه هو . أى انه يملك بجميع الأدلة التي كان يملكها فيها اذا خصمه دائنه هو .

(١) س. ١٤٥٠، ١٠، ٧٣، (٢) mise en demeure (٣) س. ٢٠٩١، ٢٠٩٢، ٢٠٩٣

ومقال لاكوست Lacoste (٤) mise en cause (٥) قرار استئناف م ١٩ فبراير

سنة ١٩٢٠ م ت ق، ٣٢، ١٥٩

(٢) **آثار الدعوى بالنسبة للمدين** : ان الدعوى غير المباشرة حق خاص للدائن يستعمله للحيلولة بين مدينه ونزعة هذا الاخير الى الاضرار بدائنه عمداً أو اهمالا . وليس من شأن الحق الخاص هذا تعطيل مزية التصرف في الحقوق لدى المدين الاصلى . فالمدين حر حينئذ في التصرف في حقوقه . ومنها حقه قبل مدينه على شرط أن لا يكون المقصود من التصرف نية الاضرار بالدائن . ولم يوجد نص يحظر هذا التصرف على المدين كما وجد النص عليه في حالة الحجر العقاري المختلط وكما نقول به نحن في حالة نزع الملكية من طريق « من باب أولى » رغم معارضته المعارضين . وعلى ذلك يجوز للمدين بعد رفع الدعوى غير المباشرة من الدائن . أن يتصالح أثناء سيرها مع مدينه على الدين وان كان ذلك ضاراً بالدائن ولكن القانون لم يحظره لان الدعوى غير المباشرة لا ينتج عنها الحجر على المدين ولا الحجر على حقوقه ^(١) لانها لم تكن بمثابة حجز ولا نوعاً من الحجر

هذا فيما يتعلق بالاعمال الادارية الصادرة من المدين نفسه ولكن ما القول بشأن الحكم الصادر في الدعوى غير المباشرة فهل هو الآخر لا يسري على المدين ؟ اذا رجعنا الى المبادئ القانونية البهتة نرى انه لا يسري عليه لأنه لم يكن طرفاً فيمؤلاًن الدائن في رفعه للدعوى انما يعمل بحقه الخاص رغم كونه يطالب بحق مدينه ، ولأنه لا يعتبر ممثلاً قانوناً لمدينه . ولكن رأينا أن العمل قد جري عادة على جعل المدين خصماً في الدعوى سواء كان دخوله بإرادة الدائن أم بإرادة المدين أم بإرادته هو فيما اذا أراد الدخول في الدعوى خصماً ثالثاً لوجود مصلحة له لانه هو صاحب المصلحة الحقيقية الأصلية . وما دام انه داخل في الدعوى أصبح الحكم حتماً حجة عليه .

(٣) **في آثار الدعوى بالنسبة لبقية الدائنين** : ما دامت الدعوى حتماً خاصاً بالدائن وهو الرافع لها فقد يظن انه ينبغي على ذلك أن تصبح نتائج الدعوى محصورة فيه هو لا تتمدها الى غيره من زملائه الدائنين الآخرين ولكن الرأي الغالب يقول بعكس ذلك ويقول بأن لبقية الدائنين حق الاستفادة مع الدائن رافع

الدعوى من الحق الذي استحال الى مبلغ من المال وأضيف الى جيب للمدين ^(١) والحجة في ذلك أن الغرض من رفع الدعوى هو اضافة المبلغ الى مال المدين . أى رد حق المدين الى ماله هو . فاذا كان كذلك فلا معنى لقصر هذا المبلغ على الدائن رافع الدعوى وإيقافه عليه دون غيره وقصره عليه خاصة لأن قصر المبلغ على الدائن رافع الدعوى دون الآخرين لا يكون الا اذا كان نتيجة المحجز لا نتيجة الحكم لان الحكم لا يقرر امتيازاً لصاحبه وعلى ذلك يجوز للدائنين المحجز على هذا المبلغ ومقاسمة الدائن الآخر في توزيعه على الجميع

ومهما قيل عن عدم صواب هذا الرأي لمعارضته للخصيصة الاصلية لحق رفع الدعوى غير المباشرة وهي كونها حق شخصي ^(٢) خاص برافعها فان العمل جرى على مالا يجمل هنا محلاً للأخذ والرد في هذا الشأن وذلك لأن للمدين الاصلى يكون في الغالب خصماً في الدعوى . وما دام الأمر كذلك فلحكم الذي يصدر فيها هو حكم للمدين بلحاظ مبلغ الدين الى جيبه هو لا الى جيب غيره ومتى تم ذلك فلا معنى لأن يستأثر به أحد الدائنين دون الآخرين . بل الكل سواء في اقتسامه . ومع تقدير غياب المدين عن الدعوى فان الحكم في هذه الحالة حكم للمدين لا للدائن

هذا واذا كان الحق المطلوب الحاقه بمال المدين وادماجه فيه هو من الحقوق التي لا يمكن التنفيذ عليها مباشرة بل لا بد للدائن بعد ذلك من ضرورة اتباع اجراءات خاصة كالمرتبات المقررة بسندات المحكمة ^(٣) جاز في فرنسا ^(٤) للدائن رافع الدعوى غير المباشرة أن يطلب الى المحكمة المنظورة أمامها هذه الدعوى أن تقرر له بيع هذه

(١) استئناف ١١ فبراير سنة ١٣ م ت ق ، ٢٥ ، ١٦٨٠ ، ٢٥ - ٢٥ يناير سنة ٢٩٠٩١٧ ،
rentes sur l'Etat (٣) individuel (٢) ٣٣١ ، ٣٣ ، ٩٢١ مايو سنة ١٨٠٠ -
(٤) - . ومن قبيل ذلك ماضته محكمة الاستئناف عند ما رضع اليها التماس عن خطأ في الحساب
بنص الحكم وهو خطأ يتشابه مع القضاء باكثر مما طلبه للدعي ultra petita قررت قبول
الالتماس مع ذلك وتصحيح الخطأ تقادياً من تحمل مصاديف في دعوى التصحيح الاخرى :
استئناف ٢ ديسمبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ ص ٩٣

الاشياء وأن يتقاضى دينه من ثمنها دون الحاجة الى الاجراءات الاخرى ^(١) وتغاديا من مصاريف لا محل لها ^(٢)

ويصح للمحكمة الاهلية أن تجري التخصيص المشار اليه في المادة ٥٠٨ مرافعات التي لا مقابل لها في المختلط بشرط أن يكون الحجز قد توقع من قبل على المبالغ غير المستحقة الدفع تحت يد غير المدين التي أشارت اليها المادة المذكورة متى كانت الدعوى غير المباشرة قائمة أمام هذه المحكمة وذلك لأن ما يملكه قاضي الأمور المستعجلة تملكه المحكمة العتادة اذا طلب منها الحكم فرعياً بصفة طلبات مؤقته ^(٣)

٢ - في دعوى الابطال

أي دعوى إبطال تصرفات المدين ^(٤)

٣٣٣ - دعوى الابطال ^(٥) أو الدعوى البولصية ^(٦) كما يقولون في المحاكم هي الدعوى التي يرفعها الدائن توصلاً الى ابطال التصرفات الصادرة من مدينه اضراراً به ليحول بينه وبين تقاضى دينه ويلجأ المدين لهذا التصرف اذا اشتد به الضيق وأخذ اليأس بخناقه ^(٧) فيعمل على أن يهب للأقرب أو يبيع بأبخس الثمن أو يستبدل أملاكه بما يسهل معه تبديد قيمتها وهكذا من الوسائل التي يعمل بها مدين ضعفت فيه النخوة وزالت عنه كرامة النفس . وهذه الدعوى هي احدى نتائج حق الضمان العام المقرر للمدين على جميع أملاك مدينه

وقد كان لهذه الدعوى شأن يذكر عند الرومان وعند الفسرين السابقين على وضع القانون الفرنسى سنة ١٨٠٤ ، واهتم بها رجال التفسير في الوقت الحاضر . أما

(١) ص ٩٠٤ ، ٢٨٠ ، ١ ، ومقال « تيسية Tissier » (٢) أما في مصر فان قانون المرافعات نظم الاجراءات بحيث يجب اتباع نصوصه دائماً والقيام بعمل الحجز بالطريقة التي رسمها القانون وطلب البيع بهذه الطريقة ايضاً - راجع في هذا الموضوع بالذات كتاب الدكتور ابو هيف بك في التنفيذ بند ٦٠١ ففيه مقارنة بين التشريعين المصري والفرنسي في موضوع حجز الارادات والديون (٣) راجع كتاب التنفيذ للدكتور ابو هيف بك بند ٦١٣ وكتب المرافعات ايضاً له

بند ١٠٢٤ والمرامح الواردة به (٤) كابتان ٤٩ - ٦٢ والحامش ١ من ص ٤٩ . بلايول ص ١٠٥ - ١١٦ ن ٢٩٦ - ٣٣٦ (٥) action révocatoire (٦) نسبة الى بولص البريتور الروماني (٧) action paulienne

في القضاء فقد أخذت دوراً هاماً وامتد سلطانها الى أبعد مما وضعت له أصلاً وكانت سبباً في دخول بعض الالتزامات الادبية أو الضميرية الى حظيرة القانون ونزولها الى حظيرة القانون جزائه . ، أي أنها قربت بين الاخلاق والقانون . وهذا أثر من آثار نمو الحركة المدنية في العالم الحاضر بما تأتي به من سيول جارفة تقضى على القديم وتحيي الحديث كما تقضى بذلك نوااميس الحياة . أما أدوارها التاريخية وأهمها الدور الروماني فقد اتصل بعضها ببعض وتماصت بحيث لا يمكن الاستغناء عن الالمام بالماضي في فهم الحاضر . لذا نوجز لكل دور كلمة ثم تأتي بعد ذلك على بيان أركان النظرية في الوقت الحاضر وشعبها المختلفة التي امتدت في عالم القضاء

١ — دعوى الإبطال عند الرومان

٣٣٤ — هي من أوضاع القاضي (البريتور) عند الرومان وتقررت مدة الجمهورية وقبل ظهور سيسرون^(١) وأول من قال بها القاضي « بولص »^(٢) وقررها بشكل الدعوى ذات الصبغة الجنائية وكانت ترفع ضد الغير وهو التهم بالاشتراك مع المدين باقحام باعمال تدليسية^(٣) لسلب حقوق الدائنين وكان يحكم فيها بحكم مالى اى بالزام الغير يدفع مبلغ من المال . وتقرر الأخذ بها بعد ذلك ضد الموهوب له الذى استفاد من جريمة المدين دون أن يعلم بها وكانت هذه الدعوى من فصيلة الدعاوى التخيرية^(٤) وهى الدعاوى التى كان القاضي يخير فيها المدعى عليه بين أن ينفذ أمره^(٥) وهو الامر الصادر منه بتكليف المدين برد الشيء المأخوذ بلاحق الى مال المدين ، وأما الحكم عليه بمبلغ من المال وكان المدين فى الغالب يقوم بتنفيذ الامر الاول تفاديا من دفع مبلغ جسيم . وهذا ما جعل بعض المفسرين يقولون بان هذه الدعوى هي من فصيلة الدعاوى الخاصة برد الشيء الى أصله^(٦) أى دعوى الالفاء^(٧) التى يستعان بها فى طلب الغاء العقد التدليسي^(٨) أى دعوى ذات صبغة عينية^(٩)

(١) Cicéron (٢) Paulus (٣) manœuvres frauduleuses (٤) actions

arbitraires (٥) arbitratu in integrum restitutio (٦) action en nullité (٧)

(٨) acte frauduleux (٩) action in rem

تشبه دعوى تثبيت الملكية^(١) مع أن الصبغة الشخصية لهذه الدعوى لم تكن مشكوكا فيها البتة فى العصر العلمى للقانون الرومانى^(٢)

ب - دعوى الابطال عند شراح فرنسا

قبل سنة ١٨٠٤

٣٣٥ — أجد هؤلاء الشارحون عن الرومان هذه النظرية . وقال بها بونيه وغيره ولم يكن لها من الشأن عندم ما هى معروفة به الآن وذلك نظراً لأن التعاقد عندم كان يغلب فيه أن يكون أمام الموثق وكان من نتائج تقرير حق رهن للدائن وحق تتبع على جميع أملاكه فى أى يد وجدت . ولما جاء عصر القانون المدنى الموضوع سنة ١٨٠٤ اكتفى الشارع بأن وضع لهذه النظرية الهامة المادة ١١٦٧ فرنسى دون غيرها وغرضه من ذلك الرجوع الى الرومان فيما قرروه بشأنها .

ج - دعوى الابطال فى الوقت الحاضر

٣٣٦ — اكتفى الشارع الفرنسى بالمادة ١١٦٧ مع اتساع أرجاء هذه النظرية وبعد مناحيها وتشعب صورها . وقررت هذه المادة ما يأتى : « ولهم أيضاً وباسمهم خاصة أن يطعنوا فى العقود الصادرة من مدينهم من طريق التندليس بمقتوقهم . — على أنه يجب عليهم فيما يتعلق بالحقوق المقررة بباب الموارث وباب عقد الزواج والحقوق المتبادلة للزوجين ، أن يأخذوا بالقواعد المقررة بها » .

وأما القانون المصرى فقد قرر هذه النظرية فى مادتين من طريق التكرار وبطريقة واحدة دون أن تأتى احداهما بما لم تأت به الأخرى . قالت المادة ١٤٣ / ٢٠٤ مدنى : « للدائنين فى جميع الأحوال الحق فى طلب ابطال^(٣) الأفعال^(٤) الصادرة من مدينهم بقصد ضررهم^(٥) وفى طلب ابطال ما حصل منهم من التبرعات^(٦) وترك الحقوق^(٧) اضراً بهم^(٨) » . وقالت المادة ٥٥٦ / ٦٨٠ مدنى ما يأتى : « لا يجوز

(١) action en revendication (٢) période classique (٣) annuler (٤) actes en fraude (٥) donations (٦) renoncations (٧) à leur préjudice (٨)

الطعن^(١) من الدائنين فى تصرف مدينهم فى أمواله بمقابل^(٢) إلا اذا كان التصرف حاصلًا للاضرار بحقهم^(٣) : والمادة الثانية هذه تكرر للدولى وكتلتها تقرر ما قرره المادة ١١٦٧ الفرنسية . لذلك كان من الواجب فى تفسير القانون المصرى الرجوع حتمًا الى القانون الفرنسى الذى رجع الى القانون الرومانى .

على أن هناك فروقًا بارزة بين النظرية الحاضرة وبينها عند الرومان وذلك أن دعوى الابطال عند الرومان كانت ترمى الى تصفية أملاك المدين فى مصلحة جميع الدائنين^(٤) وكان يقضى بها عرضًا عند ما يقضى « البريتور » بجعل أملاك المدين ضمانًا لدفع ديون الدائنين^(٥) وكل الذى يتولى القيام بها نائب^(٦) عن جماعة الدائنين الذين كانوا يستفيدون جميعًا من نتائجها . أما فى الوقت الحاضر فإنه لم تشرع بعد نظرية الافلاس المدنى أو الاعسار^(٧) وهى التى يؤخذ فيها كما يؤخذ فى الافلاس التجارى من وجوب جعل اجراءات الطعن عامة تشمل جميع الدائنين من طعن منهم ومن لم يطعن فى تصرفات المدين . وعلى ذلك يجوز لكل مدين على حدة الآن أن يطعن باسمه خاصة كما تقول المادة ١١٦٧ مدنى فرنسى (وهو المستفاد أيضًا من المادتين المصريتين) وأن يرفع دعوى الابطال ، وفى هذه الحالة يستفيد هو وحده من نتائجها دون الآخرين من بقية الدائنين . ودعوى الابطال تعتبر الآن دعوى خاصة برافعها^(٨) أى دعوى شخصية له .

والآن نرى التكلم على المسائل الآتية : (١) شروط دعوى الابطال — (٢) أعمال المدين التى يمكن الطعن فيها — (٣) الدائنون الذين يطعنون فيها — (٤) آثار الدعوى

(١) attaquer (٢) aliénation à titre onéreux (٣) en fraude (٤) liquidation collective (٥) missio in bona debitoris rei servandae causa (٦) action individuelle (٧) déconfiture (٨) le curator bonorum أو le magister

٤ - في شروط دعوى الابطال

٣٣٦ مكرر - شروطها ثلاثة ضرر وتدليس وتواطؤ^(١)

§ ١ - الشرط الاول : الضرر أو الضرر المادي

٣٣٧ - يراد بالضرر^(٢) الضرر الواقع على الدائن^(٣) من جراء تصرف المدين . ولم تردهذه الكلمة بالمادة ١١٦٧ فرنسي ولا بالمادة ٥٥٦/٦٨٠ مدني مصري ولكنها وردت بالمادة ١٤٣/٢٠٤ مدني مصري . وسواء وردت أم لم ترد فإنه لا بد من توافر الضرر من أجل قبول دعوى ابطال التصرفات لانه شرط أساسي للدعوى بحيث اذا اتفق انتفت الدعوى أخذاً بالقاعدة المعروفة اذا انتفت المصلحة انتفت الدعوى . والضرر هو إما إيجاد حالة اعسار جديد لدى المدين أو زيادة اعساره القديم اعساراً . فاذا انتفى الاعسار وجب رفض الدعوى حتى لو كان العمل المطعون فيه حائزاً للشروط الاخرى أي حتى لو كانت فية المدين مشبعة بروح التدليس بالدائن ومنصرفه الى الاضرار به^(٤)

٣٣٨ - وعلى ذلك فنرتب النتائج الآتية :

(١) اذا باع المدين عقاراً مرهوناً للدائن بثمان جدي استغفره مبلغ الدين فلا يجوز للدائن الآخر الطعن في ذلك العمل

(١) استئناف ١٧ مارس سنة ٩١٠ م، ٢٢، ٢٣، ٢٤ - ١٠ يناير سنة ٩١٨، ٣٠، ١٤١، ١٤٢ جزئي ٢٦ أكتوبر سنة ٩٠٣ هـ، ٥٠ ص ١٩٩ وقررت محكمة الاستئناف المختلطة (٢٣) نوفمبر سنة ١٢٩٠، ٢٩، ٦٧) ان للدائنين حق الضمان على جميع ممتلكات المدين ولهم حق ابطال اي عقد صدر اضراراً بهم فلهم حينئذ طلب ابطال عقد رهن صدر من مدينهم للغير ، وانه ليس لهذا الغير ان يدفع دعواهم بان هناك عقارات اخرى غير مرهونة تفي بديونهم ولا يرضون دعوى ابطال التصرفات الا عند التوزيع وظهور عجز في سداد ديونهم . وذلك لأن لكل دائن الحق في الانتفاع من حق رفع دعوى الابطال ما دام هذا الحق قد تقرر له بمجرد حصول المقعد التهرمي . (٢) préjudice eventus damni (٤) ١٠٤٠، ٩٠، ١٠٥٢، ١٠٥٣ - ٦، ٩٠، ١٠٨٠

(٢) اذا وفي المدين دينه للدائن فلا يجوز الطعن في عمله . أي أن الوفاء ^(١) خارج عن دعوى الابطال ^(٢) وذلك لان الوفاء بالمدين لا يعتبر في ذاته عملا من الاعمال التي ترمى في الحقيقة الى انتقاص مال للمدين ولحقاره ولا يعتبر ضارا بالدائنين ما دام انه لم يمس المال المخصص للوفاء بديونهم ^(٣) . نعم وان كان القانون التجاري قرر بالمادة ٢٢٧/٢٣٥ تجارى و٤٤٦ فرنسى وبالمادة ٢٢٨/٢٣٦ تجارى و٤٤٧ فرنسى جواز الطعن عند الافلاس في أنواع الوفاء الحاصل من المدين لبعض دائنيه ، فذلك راجع الى تلك القاعدة الاجنبية عن القانون المادى والتي يجملها وهي انه يجب على التاجر متى ملح أن يوادر الافلاس قد لاحت عليه ان لا يدفع ديناً ما ويجب أن يترك الامر في ذلك الى القضاء ليتولى هو بنفسه أمر توزيع ماله على دائنيه بعد الحكم عليه باسهار افلاسه ^(٤)

(٣) ان دعوى الابطال لا ترفع الا باعتبارها وسيلة تكميلية ^(٥) للدائن ليتمكن بها من التنفيذ على أموال مدينه التي هربت ولذلك فهي لا تقبل الا اذا أعوز للمدين

(١) paiement (٢) س ١٠٩٦ ، ١٠٩٧ (٣) كاتبان س ٥٢ بلانول س ١٠٧ ن ٣٠٦ وهو ما قرره الرومان ايضا . لان الدائن الذى دفع له دينه لم يأخذ شيئا لا يستحقه : د ١٠٦٩ ، ١٠٧٠ - س ١٠٦٩ ، ١٠٩٧ - ٣٠ مايو سنة ٩١٤ ، ٢٦ ، ٤٠٢٠ ولا يبطل عمل الدائن الذى سعى في الحصول على ضمان دينه في الوقت الذى يرى فيه الدائنون يفعلون ضله استئناف ٣٠ مايو سنة ٩٥ م ت ق ، ٧ ، ٣١٦ استئناف ٢٧ مارس سنة ٩١٨ م ر ١ ، ٢٠ م ٢١ عدد ١٩ - حكم استئناف ١٦ يوليو سنة ٩١٢ م ١٤٠ ، ١٧ - ١٧ . - وإذا كان للدائن الحق في تقاضى دينه من مدينه ولو ترتب على ذلك ضرر ببقية الدائنين فشرط ذلك ان لا يكون نتيجة تواطؤ تدلىس بين الدائن وهذا ومدينه بتصد الحلق الضرر ببقية الدائنين . استئناف ١٧ ابريل سنة ٩١٢ م ت ق ، ٢٤ ، ٢٨٧ . وذلك سواء كان الوفاء بالتقيد (وذلك كما اذا دفع ديننا . وجلا الى أجل أو بغير التقيد dation en paiement اذ يجوز في هذه الحالة ايضا ابطال الوفاء بغير التقيد اذا كانت قيمة الشيء المدفوع لا تتناسب مع قيمة الدين : استئناف ١٥ يونيو سنة ٩١٦ م ت ق ، ٢٨ ، ٤٣٣ أو كن الوفاء بالشيء نتيجة تواطؤ تدلىس بين الدائن المدفوع له بينه وبين مدينه : د ١٠٩٠ ، ١٠٩١ - س ٢٦٠ ، ١٠٩٠ ، ٩٠١ ، ٢٣٧ - ٠ - بلانول س ١٠٧ ن ٣٠٦ في آخرها . (٤) بلانول س ١٠٧ م ١٠٧ ن ٣٠٧ . وهو ما يسمى اسناد اقتراح التخليص الى تاريخ سابق report d'ouverture de la faillite : المواد ٢٢٧ و ٢٢٨ و ٢٣٦ و ٢٣٧ تجارى و ٤٤٦ و ٤٤٧ فرنسى . - استئناف ١٧ ابريل سنة ٩١٢ ، ٢٤ ، ٢٨٧ (٥) أو مساعدة فقط subsidiaire راجع نبذة ٣٥٠ وتعريف هذا الوصف انه ما يجيء لبعضد شيئا أصليا qui vient à l'aide de quelque chose de principal

ولم يكن لديه من المال ما يفي بدين الدائن الطاعن . وعلى ذلك يجب على الدائن الطاعن ان يجرد أولاً أموال مدينه أى يبحث أولاً عما اذا كان لدى مدينه مال يمكن أن يتقاضى منه دينه بطريق المحرز أو نزع الملكية ، أم لا . فإذا لم يفعل ذلك جاز للدائن ان يدفع دعوى الابطال الموجهة قبله بطلب الجرد أولاً ^(١) . ولقد دل العمل على ان الدائن لا يلجأ لدعوى الابطال الا اذا أفسد مدينه بشكل ظاهر ^(٢)

(٤) ليس للدائن حق الطعن في الاعمال الشخصية الخاصة بمحض شخص المدين . وهذا يشبه ما رأيناه بشأن الدعوى المباشرة فيما يتعلق بالهبة

§ ٢ - الشرط الثاني : التدليس أو الشرط المعنوي

٣٣٩ - التدليس ^(٣) هو نية ^(٤) المدين في الاضرار ^(٥) أو علمه بان: تصرفه سيلحق ضرراً بدائنيته حتى لو لم يقصد الاضرار بهم بالذات ويجب ألا تختلط كلمة التدليس هنا بكلمة النش ^(٦) أي يجب ألا يفهم منها اشتراط النية المعقودة من قبل على الاضرار ^(٧) ولكن التدليس في دعوى الابطال هو حالة عرضية للفكر ^(٨) اذ يكفي لوجوده كما قد سنا في تعريفه مجرد علم للمدين ^(٩) بالضرر الذي سيحدثه بدائنيته : يكفي في ذلك ان يعلم عند ما يعمل العمل بأنه سيصبح بعد عمله مضرراً أو ان اعساره سينفائق ، أى أن عمله سيضر بدائنيته . وذلك وحده يكفي لاعتباره انه مدلس على دائنيته ^(١٠) حتى لو كانت نيته وقت العمل غير منصرفة بالرة الى تعمد الاضرار بدائنيته . وهذا ما سار عليه القضاء للقصرى والفرنسي الحاضر أخذاً بما قرره الرومان أنفسهم ^(١١)

٣٤٠ - الترييس والتبرعات : كان اللازم على ما تقدم أن يكون شرط

(١) bénéfice de discussion (٢) استئناف ٢٠ فبراير سنة ٩٠ م ت ق ٢٠

٣٩٢ - ٢٩ مايو سنة ٩١٧ ، ٢٩ ، ٤٥٤ - ٣ يونيو سنة ٩٢٢ ، ٣٤٠ ، ٤٥٧ -

١٤ ديسمبر سنة ٩٢٢ ، ٣٥ ، ٩٦ - ٦ نوفمبر سنة ٩٣ ، ٣٦ ، ٨٠ (٣) fraude

(٤) intention (٥) dol (٦) consilium fraudis (٧) dessein prémédité de nuire

(٨) état d'esprit (٩) connaissance (١٠) agissant en fraude des droits (١١) des créanciers

(١) (٢) ٢٦٣ ، ١ ، ٩٤ ، د ، ١٠ ، ٩٦ ، ١٠ ، ١٣٤ - ١٥ مارس سنة

٩١٥ ، ٢٧ ، ٢٢٧

التدليس أى شرط العلم بما سيحقق بالدائن من خطر الاعسار ، شرطاً عاماً يتمشى على جميع التصرفات التى تصدر من المدين سواء كانت تصرفات بعوض ^(١) أو تبرعات ^(٢) ، وأنه ليس ثمة مسوغ قانونى يجعل هناك ميزانين ، ميزان لكل طائفة من الاعمال . وهكذا قرر الرومان والشارحون السابقون على وضع قانون نابليون سنة ١٨٠٤

ولكن فريقاً من الشارحين قرر التفريق بين الطائفتين المتقدمتين من التصرفات واشترط التدليس للأولى منهما فقط . وقال بعدم صحة التبرعات على كل حال سواء كانت مشوبة بنية الاضرار أو العلم بما سيحل للدائن من الضرر ، أم لم تكن مشوبة بذلك . وحجّتهم فى هذا ما استفادوه من المواد ٦٢٢ و ٧٨٨ و ١٠٥٣ مدنى فرنسى فقد قررت المادة ٦٢٢ أنه « يجوز لدائني المنتفع طلب الغاء التنازل ^(٣) الصادر منه اضراراً بهم ^(٤) » وهذه المادة لم تنقلها القوانين المصرية بل أشارت المادة ٢٧/٤٦ مدنى الى أنه من أسباب انقضاء حق الانتفاع التنازل عنه ^(٥) (ولم يرد التنازل من أسباب الانقضاء للمادة ٦١٧ وما بعدها فرنسى) وأما المادتان الأخريان فهما متعلقتان بالمواريث وتنصان على من يرفض قبول التركة اضراراً بدائنيه أو من يتنازل مقدماً عن استغلال حقوق مقررة له بالوصية .

قرر هذا الفريق من الشارحين استناداً الى المواد المذكورة ان التنازل هذا باطل مادام انه ضار بحقوق الدائنين اى يكفى الضرر دون التدليس : ويرى المعارضون لهذا رأى (ومنهم كولين وكابتان) ^(٦) انه لا يستقيم مع ما قرره القانون الرومانى وما تقرر قبل وضع القانون الفرنسى . ويقول المعارضون ان الشارع الفرنسى فى قوله بالمواد الثلاث « اضراراً بحقوق دائنيه » ^(٧) لم يحسن ترجمة العبارة الرومانية المقابلة لها ^(٨) وهى التى تفيد فى الحقيقة « بقصد الاضرار بدائنيه » ^(٩) ويندمج فيها حتماً التدليس ^(١٠) أى ان المواد الثلاث تشترط هى الأخرى التدليس . ثم قال المعارضون

qu'il aurait (١) renonciation (٢) à titre gratuit (٣) à titre onéreux (٤)

au préjudice (٧) • ج ٢ ص ٦٦ (٦) renonciation (٥) faite à leur préjudice

fraude (١٠) en vue de préjudice (٩) in præjudicium (٨) de leurs droits

اخيراً ان المواد الثلاث وضعت قبل وضع المادة ١١٦٧ بدليل ترتيبها أى قبل وضع شروط دعوى الابطال . وانه يدل على ذلك ان المادة ١٤٦٤ مدنى فرنسى وهى الموضوعه بعد المادة ١١٦٧ اشترطت فى رفع دعوى الابطال شرط التدليس^(١) عند المتنازل أى المصطفى لملقه فى شركة الزواج

٣٤١ - والذي نراه ان عدم اشتراط التدليس فى التبرعت الضارة بالدائنين هو الرأى الاصح وذلك

(١) لان المدين فى تبرعه يعلم حتماً بانه سيضر بدائنيه لانه معسر حالاً أو سيعسر مستقبلاً . ولا يتصور انه لا يعلم . وحتى اذا امتحال عليه العلم لاي سبب من الاسباب فلا يجوز ان تقع نتائج هذه الاستحالة بنتائجها على رأس الدائن .

(٢) لان فى التبرع باعتباره عملاً بلا مقابل تقضاً حتماً مال المدين ولو انه فى ذاته مباح قانوناً ولكنه أبغض الاباحة فى نظر الشارع .

(٣) من هو الاجدر بحماية القانون ؟ أدائن ادلى بمبلغه فى مال المدين فاقرب هذا الاخير منه ام موهوب اليه انتزع من المدين مبلغاً فافتقر المدين به ؟ ان فى حماية الدائن ردّاً للحق له . وأما حماية الموهوب له فالفرض منها اعطاؤه منحة . واذا تراحم الحق مع المنحة وجب تفضيل الحق عليها لان الحق بمقابل والمنحة بدون مقابل

(٤) ان الشارع للصرى نفسه بللمادة ١٤٣ / ٢٠٤ مدنى فرنسى^(٢) بين الاعمال التهربية من حيث هى ، وبين انواع الاسقاط والمبات . ومن وضع المادة مع تلك الصورة يفهم حتماً ان الشارع اخبرج الاسقاط والهبة من طائفة الاعمال التهربية ، أى انه لم يشترط فيها ان يكون الفرض منهما التهريب لاجل ابطالها ولا سوء نية الموهوب اليه^(٣) . وبما يؤيد ذلك ان الشارع المختلط انفرد دون الاهلى وقرر للمادة

(١) fraude (٢) انظر النسخة الفرنسية لأنها اى فى اظهار الدنى والحلى فى وضع
الفرقة بين الاعمال التدليسية actes faits en fraude وأنواع الاسقاط renonciation والمبات

(٣) ٢ فبراير سنة ١٩٠٦م ، ١١٦ ، ٨٠

٧٤ مدني مختلط (التي لا مثيل لها بالاهلي ولكن يجب الاخذ بها مع ذلك) انه لا يجوز للانسان ان يهب اضراراً بدائنيه المالين . ومعني ذلك ان الهبة لا تصح اذا ترتب عليها ضرر بالدائنين . ويكفي ثبوت الضرر فقط دون نية التهريب . وربما لم يتقل الشارع الاهلي هذه المادة باعتبارها مؤيدة بالمادة ١٤٣ اهلي المقابلة للمادة ٢٠٤ مختلط وايدنافي هذا الرأي القضاء المختلط .^(١)

وكذلك الحال في الوقف أيضاً (المادة ٥٣ / ٧٦ مدني فان مثلها كالهبة تماماً لورود المادة ٥٣ المذكورة في باب الهبة ولان العبارة المصوغة فيها هذه المادة تحكي تماماً نفس العبارة للصيغة بها المواد السابقة الخاصة بالهبة . وعلى ذلك يبطل الوقف اذا حصل اضراراً بلغير مهما كانت حالة الموقوف عليهم سواء كانوا يعلمون بان الوقف ضار بدائني الواقف ام لا يعلمون^(٢)

§ ٣ - الشرط الثالث : تواطؤ المدين مع من تعامل معه

٣٤٢ - يكفي الشرطان الاولان، شرط الضرر وشرط التدليس - سواء كان من الواجب اثبات التدليس على رأى بعض العلماء او كان مفترضاً حتماً الرأى على الاصح في ابطال عقود التبرعات. أما العقود ذات العوض فلا بد فيها من شرط ثالث وهو شرط تواطؤ من تعامل مع المدين كالمشتري من المدين مثلاً ونريد بالتواطؤ الاشتراك^(٣) في العلم^(٤) أى علم المشتري بسوء حال المدين وما ينجم عن تعاقده معه من الاضرار المحذقة بدائنيه فيما بعد^(٥) ولو ان القانون الفرنسي والمصري أهلياً ومختلطاً لم ينصا

(١) استئناف ٢١ ابريل سنة ٩٢ م ت ق ٢٢٧٠٤٤ (٢). استئناف ٥ يناير سنة ٩٩ م و ١٠١ ص ١٩١ استئناف ٢٥ مارس سنة ٩١٦ م و ١٧٠٩ ص ١٩٠ واذا اشترط الواقف لنفسه الشروط العشرة الشرعية ثم ادخل أحد دائنيه مستحقاً في الوقف وناظرأ عليه وتنازل له عن حق استعمال تلك الشروط ثم عاد وأخرجه من الاستحقاق والنظر وأعطاها لغيره فلا يجوز للدائنين المذكور الطعن في ذلك بدعوى الابطال لان تنازل الواقف له تنازلاً قطعياً عن حقه في استعمال الشروط العشرة باطل بحسب أحكام الشريعة الاسلامية (٣) Connaissance (٤) complicité (٥) د ٩١٤٠٤٠١٠ استئناف ٣٤ ديسمبر ١٠١٠ - ١٥ ابريل سنة ٢١٠٠٠٩ و ٣٠٥ ليس من الضروري ان يكون هناك اتفاق

عليه الا انه مع ذلك شرط قالت بالنصوص الرومانية وقرره الشارحون السابقون على قانون سنة ١٨٠٤ الفرنسي ولم يرد بهذا القانون الأخير ولا بالقانون المصري ما ينقض هذا الشرط . ويرجع هذا الشرط الى العدالة^(١) عند ما تعارض مصلحة الدائن مع مصلحة المشتري من الدين . واذا كان من الحق والعدل كما قررنا ان الموهوب اليه يجب ان يضحى في سبيل خلاص الدائن لانه يريد استبقاء ما أخذ بلا مقابل^(٢) فمن الحق والعدل أيضاً أن لا يضحى المشتري بحسن نية من الدين لانه كالدائن يسعى في دفع الضرر عن نفسه باستبقاء ما أخذه بمقابل أيضاً^(٣).

اذ ما ذنب ذلك الذى اشترى فأخذ عيناً ودفع لها ثمناً ؟ ما ذنبه فيما اذا أبطل عقده فاستردت منه العين ولم يرد له الثمن ؟ الا يصبح هو الآخر دائماً يزاخم السابقين عليه الذين طعنوا في عقده ؟ أليس الافضل مقارنة هذا المشتري بالدائن من حيث من هو الاجدر منها بالحماية فهو الدائن العادى ولم يكن له ضمان خاص والاصل فيه تحمل جميع تصرفات المدين حتى الضار منها (على شرط عدم التدليس طبعاً) ؟ أم المشتري الذى اشترى بحسن نية فأخذ عيناً ثم دفع ثمناً . ولا يعلم بما يحيط بالبائع من عسر كما كان يجب أن يعلم به دائن البائع ؟ القاعدة أن المفرط أولى بالنسابة . وقد فرط الدائن في عدم أخذ ضمان خاص لدينه وعليه تبعه عمله اذ كان قد انساق الى الوثوق بمدينه ثم خدع في الثقة به . وليس من العدل أن يتحمل الخدعة من كان أجنبياً منها ثم لا يتحملها صاحبها

على الاضرار بالدائنين concert frauduleux بل يكفي ان يكون قد علم بما يقترب على التصرف consilium fraudes . ٢٥ فبراير سنة ١٩١٥ ، ٢٧ ، ١٨٢ . ويجب على الدائن الطاعن بالابطال أن يقيم الدليل على أنه المشتري من المدين ما كان ليجعل الاحوال المالية لهذا الاخير ٢٨ مارس سنة ١٩١٢ ، ٢٤ ، ٢٤٤ ، ٢٧ ، ١٨٢ . — واذا كانت الزوجة اشترت من زوجها المدين فانه من الواجب عليها قبل الشراء أن تتأكد من أن شراءها لا يضر أحداً ، فإذا لم تقيم بهذا الواجب اعتبرت شريكة لزوجها : ١١ مارس سنة ١٩٠٩ ، ٩ ، ٣٠٩ . وفوق ذلك فانه يجب عليها أيضاً أن تبين مصدر المال الذى دفعته ثمناً للصفة فإذا لم تفعل اعتبر المقد الصادر اليها هبة ، (الحكم السابق) . ولكن مع ذلك قرر القضاء من طريق آخر أن الزوجة لا تكفى وحدها قرينة لقبول دعوى الابطال أو دعوى الصورية بل لا بد من الادلاء بقرائن أخرى تأكداً لقرينة الزوجة : ٢٩ مايو سنة ١٩١٧ ، ٢٩ ، ٤٥٧ . — استئناف ٢٥ نوفمبر سنة ١٩١٢

٨ ص ١٤٠١ م
certat de damno vitando (٣) certat de lucro captando (٢) équité (١)

واذا كان من السهل التفرقة بين العقد بعوض والتبرع في أغلب الاحيان فانه قد تعرض حالات تصعب فيها هذه التفرقة لما يحف العقود فيها من الغموض والابهام مثل انشاء « الدوط »^(١) عند المسيحيين في فرنسا مثلاً وفي مصر . ولقد اعتبر القضاء الفرنسي هذا العمل انه هبة بعوض^(٢) أى مقابل ما يقوم به الزوج من اعباء الزوجية أى لا بد فيه من اثبات تدليس الابنة ومن إثبات علم زوجها بالتدليس باعتباره منتفعاً من المنتفع^(٣) من طريق العوض أيضاً . واذا تقرر المهر للزوج وجب اثبات التدليس من جانب الثلاثة: منشىء « الدوط » والزوج وزوجه . وقد حكمت المحاكم المختلطة دائماً أن انشاء الدوط ليس تبرعاً في أغلب قوانين العالم ولذلك لم توجب عمله بعقد رسمي كالهبة

هـ - الاعمال التي تقبل الطعن

بدعوى الابطال

٣٤٣ - هذه الاعمال هي ما تنتهي الى نقص في مال المدين أى الاعمال السالبة^(٤) (أى الاعمال المتفجرة) . والاصل أن جميع هذه الاعمال تقبل الطعن فيها بواسطة دعوى الابطال الا ما ندر منها وبيان ذلك :

١) من الاعمال السالبة للمال ما هو ارادى^(٥) كالصرف في المال بالبيع وخلافه والهبة والاسقاط والابراء والوقف (المادة ٥٣ / ٧٩ مدني) وهكذا : هذه الاعمال قابلة للطعن بدعوى الابطال . ولكن لا يقبل الابطال في تصرف المدين في ملكه الذي لا يجوز لدائنيه الجبجز عليه كالمقارات المقررة بقانون خمسة الافدنة ومنها ما هو قضائي^(٦) وهي الاعمال التي يجريها المدين مع آخر أمام القضاء

(١) constitution de dot (٢) donation onéreuse (٣) sous-acquéreur

راجع في تفصيل هذا الموضوع في مصر وفي بحث القوانين الاجنبية فيه كتاب القانون الدول الخاص للدكتور ابو هيب بك بند ٣٨٠ حيث جاء فيه ان تكييف طبيعة انشاء الدوط يرجع الى القانون الشخصي للخصوم وانه في القانون الفرنسي يعتبر من التصرفات المعقودة بعوض بالنسبة للزوج وفي القانون الالماني يعتبر انشاء الدوط دائماً تنفيذاً للالتزام واجب على الابوين وفي القانون اليوناني يعتبر كذلك التزاماً مديناً تحكم به المحاكم اذا لم يقم به الوالد وراجع الاحكام المتعددة التي استند اليها في كل ذلك (١) actes d'appauvrissement (٢) actes volontaires (٣) actes judiciaires

فيصور أن دعوى بعترف فيها المدين بالدين الموهومة المرفوعة به الدعوى من هذا الآخر بناء على هذا التواطؤ التذليلي^(١) يصدر الحكم بإلزام المدين بالدين فيأني الدائن الصوري ويزاحم الدائن الحقيقي في اقتسام ثمن مال المدين . ففي هذه الحالة يجوز للدائن الحقيقي أن يرفع دعوى الإبطال أي إبطال الحكم بالنسبة له لعدم سردياته عليه^(٢) . وبذلك تزول عنه مزاحمة الدائن الصوري . أي يبطل ما للحكم من الأثر على غير طرفيه . أما أثره بين طرفيه فصحيح أي يجوز لهذا الدائن الصوري أن ينفذ الحكم على ما تبقى من مال المدين بعد استيفاء حق الدائن الحقيقي

وفوق ما تقدم فإنه يجوز للدائن الحقيقي عند علمه بوجود الدعوى الصورية مطروحة أمام القضاء أن يدخل خصماً ثالثاً فيها وقيم الدليل على تواطؤ بين الاثنين فيصدر الحكم في مواجهة الكل ويصبح حجة عليهم جميعاً وبذلك يعني الدائن من مصاريف دعوى جديدة ويعمل في الوقت المناسب قبل أن يستفحل أمر التذليل وما ينتج عنه من تنفيذ في الخفاء قد يضر به ضرراً لا سبيل إلى تصحيحه . والتدخل في الدعاوى مباح مهما كان نوعها (المادة ٢٩٥ / ٣٣٨ مرافعات و ٣٣٩ فرنسي) . وإذا كان قد ورد بالقانون ما يبيح التدخل في بعض المسائل فإن هذه المواد وردت على سبيل التمثيل لا على سبيل المحصر^(٣)

٣٤٤ - ٢) لا اتصل دعوى الإبطال إلا بالاعمال السلبية فيخرج من ذلك أنه لا يصح أن تنمشی على الاعمال التي لم يرد بها اكتساب شيء أو التي أهمل بها اكتساب شيء وهي الاعمال المكتسبة أو الغنية^(٤) . والفرق بين الاعمال السالبة والاعمال المكتسبة أن بالاولى يقل المال لتقص نزل به وبالثانية يزيد المال لزيادة جأته ولقد كان لهذه التفرقة عند الرومان شأن يذكر فيما يتعلق بدعوى الإبطال حيث كان من المقرر للوارث المدعو لليراث جواز أن يأبى القبول . أما وقد تنقل الملكية

(١) collusion frauduleuse (٢) وفي القانون المحل والقانون الفرنسي يجوز رفع الدعوى السالبة بالمعارضة في الحكم من يتدعى اليه بالمفاوضة tierce opposition راجع في شرحها كتاب المرافعات للدكتور أبو هيف بك بند ٢٨٧ وما بعده (٣) المادة ٥٥٧ / ٤٦٠ مدني و ٨٨٢ و ٨٦٢ فرنسي بالنسبة لدائني المالك على الشروع عند حصول القسمة مع بقية زملائه... س ٢٢٥.١٠.٩٠٢ ومقال « Wahl » وراجع في موضوع تدخل الدائنين كتاب المرافعات للدكتور أبو هيف بك بند ١٠٢٩ و ١٠٣١ وما بعده (٤) actes d'enrichissement

الآن الى الوارث بمجرد الوفاة وبقوة القانون فلا محل لهذه التفرقة . (المادة ٤٤/٦٨ مدنى و ٧١١ فرنسى و ٧٢٤ و ١٠١١ فقرة أولى فرنسى) وتنقل الملكية الى الوارث فى الشريعة الاسلامية بمجرد تحقق شروط ثلاثة موت اللورث و حياة الوارث والعلم بجهة الارث (المادة ٥٨٢ من الاحوال الشخصية) ولذلك اذا أبى الوارث عندنا استلام التركة وتنازل عنها بالخارج أو غيره اضراً بدائنه فلهؤلاء الحق فى ابطال التنازل هذا والحلول محله فى أخذ التركة بواسطة دعوى الابطال وهذه القاعدة المقررة بالمادة ٧٨٨ مدنى فرنسى قاعدة عامة يجب الاخذ بها فى القانون المصرى أيضاً ما دام أن الملكية فى القانونين المصرى والفرنسى تنقل بمجرد تحقق الشروط الثلاثة للمينة بالمادة ٥٨٢ من قانون قدرى باشا فى الاحوال الشخصية . والتنازل عن التركة هو فى الوقت الحاضر عمل سالب لا عمل مكسب لأن الملكية كما قلنا قد تم انتقالها الى الوارث بالوفاة . وأما العمل المكسب فهو قبول الهبة من الواهب لأن ملكية الهبة قبل القبول لا تنتقل الى الموهوب له ولذلك لا يصح للدائن ، عند اباء المدين الرضاء ، رفع دعوى الابطال لأن الاباء أولاً عمل شخصى محض خاص بالمدين وثانياً لأنه ليس من الاعمال السالبة بل هو من الاعمال المكسبة . وقد بينا ذلك تفصيلاً فى الدعوى المباشرة

٣٤٥ - وما القول بشأن التقادم ^(١) أي التملك أو التحرر بمضى المدة المكسبة أو المسقطه ؛ فهل تنتقل الملكية أو يزول الملكية أو يزول الدين بمجرد مضى المدة أي بفعل الزمن بالذات أم مع مضى الزمن هذا يجب مع ذلك ضرورة اجراء عمل من الاعمال تظهر به نية المكتسب أو المحرّر بانتفائه بالحق الذي قرر له بفعل الزمن ؟ يقضى القانون فى المادة ٨٠/١٠٨ مدنى و ٢٢٢٠ و ٢٢٢١ فرنسى بانه يجوز للشخص ذي الاهلية فى التصرف أن يتنازل تنازلاً صريحاً أو ضمناً عن حق التقادم بعد تمامه . ولكنه ممنوع من التنازل عنه قبل تمامه . وقررت المادة ٢٢٢٣ مدنى فرنسى - والتي يجب الأخذ بها فى القانون المصرى لأنها قاعدة عامة - انه « لا يجوز للقضاة ان يدفعوا من تلقاء أنفسهم بالدفع الخاص بالتقادم » . أى لا بد وان يظهر

صاحب التقادم رغبته في اصراره على الانتفاع بالحق الذي تقرر له بمقتضى التقادم اذا شاء ذلك . أما اذا لم يشأ انه يتنازل عنه بعد تمامه لا قبله . وعلى ذلك يعتبر التقادم وسيلة او أداة لا اكتساب الملكية ^(١) لا صورة من صور اكتسابها ^(٢) واذا كان الافصاح عن الارادة ^(٣) أمراً ضرورياً لاجل التملك أو التحرر بالتقادم وجب على ذلك ، القول بان التقادم ليس في عداد الاعمال السالبة بل هو في عداد الاعمال المكسبة ، وعليه فلا يجوز للدائن الطعن في عمل مدينه الذي أبى الانتفاع بالتقادم المكسب أو المسقط . ولكن لما كان للتقادم شأن خاص في اكتساب الحقوق أو التحرر منها بحيث يكون له أثر رجعي على ما تقدمه - أي ان صاحبه يعتبر مالكا أو محرراً لا من تاريخ تمام التقادم بل من تاريخ البدء فيه . ويعتبر حقوق المالك الاصلى قد زالت عن الشيء ، وعلى العكس تعتبر حقوق صاحب التقادم قد تأيدت عليه وهي الحقوق التي قررها عليه اثناء التقادم - فقد رأى الشارع ، نظراً لهذه الخصائص الملازمة للتقادم وقربه للاعمال السالبة اكثر منه للاعمال المكسبة ، ان يقرر الحق للدائن في الطعن في تنازل مدينه عن التملك بحقه في زوال دين عنه بحكم التقادم المسقط (المادة ٢٠٦ / ٢٧٠ مدني) والامر ظاهر في ذلك لانه كما قل عدد الدائنين المتزاحمين كما كان الامل للدائن عظيماً في أن ينال حقه كاملاً أو منقوصاً بعض الشيء . وأما القانون الفرنسي فانه قرر القاعدة بالمادة ٢٢٢٥ بطريقة عامة يستفاد منها ان طعن الدائن على تنازل المدين عن حق اكتسبه بالتقادم عام يتناول التقادم المسقط والمكسب أيضاً . أولاً : لأنها وردت بطريقة عامة . وثانياً : لأنها وردت بالفصل المقود للقواعد العامة لنظرية التقادم

أما المادة ٢٠٦ / ٢٧٠ المصرية فانها أولاً اختصت بالطعن بطريق دعوى الابطال التقادم المسقط دون التقادم المكسب وثانياً فانها وردت بالفصل السابع الخاص بنقض المدة آخر الفصول السبعة التي عدتها المادة ١٥٨ / ٢٢١ مدني في انقضاء الحقوق . ولكن رغم ذلك لا نستطيع القول بان الدائن محروم من الطعن في عمل

المدين الذي تنازل عن حق التقادم المكتسب بمد تمام المدة ومضيها ، وذلك لسببين :
 أولاً - لأنه ليس من العقل ولا من الحكمة أن يحمي الشارع الدائن في حالة سقوط
 الحق عن دينه فيقل التزامه مع الدائن فيزداد لديه الأمل في تقاضي دينه بتمامه أو
 منقوصاً بمض النقص ، ثم هو لا يحمي بالمرّة في حالة التقادم المكتسب عند ما يكون
 قد اكتسب مدينه عقاراً ثميناً أو منقولاً ذا قيمة ، وبهذا السكب يصبح الدائن كبير
 الأمل في أن يتقاضى دينه من هذا المال الجديد . فوجه النظر واحدة عند الشارع
 إذ لا سبيل مطلقاً للحصول على مسوغ يجعله يحمي الدائن في حالة دون الأخرى مع
 أن مشروعية الطعن واحدة وهي حمايته . ولذا نجزم بأن النقص الذي شاب المادة
 ٢٧٠/٢٠٦ المصرية قص تشريعي جاء من طريق السهو ، وعلى أهل الفقه تصحيحه
 بتعليق القانوني أو المسوغ القانوني - ثانياً فإنه مع عدم النص على التقادم المكتسب
 ما كانت هناك حاجة ماسة إلى النص على حالة التقادم المسقط . وهنا تختلف مع الشارحين
 الكبارين « كولين وكابتان »^(١) إذ يقرران أن التقادم من الاعمال المكتسبة . لذا
 وجب النص على جواز الطعن فيها . وأما إذا لم ينص فلا يصح . ونحن نقول العكس
 كما قررنا . إذ قلنا ، وإن كان التقادم في ذاته من الاعمال المكتسبة وليس من الاعمال
 السالبة إلا أنه أقرب للثانية من الأولى نظراً لخصائصه الملازمة له في أن له أثراً رجعياً
 على ما تقدمه من أعمال صدرت بالفعل من المدين على العقار المكتسب بالتقادم
 من رهن تأميني يوقعه عليه أو من رهن حيازي يقرره عليه لمصلحة الغير . وإذا كان
 التقادم المكتسب يتردد بين العمل السالب والعمل المكتسب وهو للأول أقرب منه
 للثاني ، وجب أن ينتفع بجزاى الأولى وأن يأخذ عنه ما هو أصق به لصلته بالنسب ورابطة
 الشبه . ويظهر أن النية منصرفه إلى التوسع بالأخذ بالاعمال السالبة وأن الفقه لا يميل
 إلى التضييق من مجال هذه الاعمال السالبة . وتظهر علامات هذا الميل على ما قرره
 نفس « كولين وكابتان » عند ما أشار إلى نقد الرأي القائل بعدم جواز الطعن في
 أعمال المدين التي يرمى بها إلى رواج أعماله ثم هي ترمى إلى عكس ذلك^(٢)
 هذا فيما يتعلق بشأن الأعمال التي تقبل الطعن فيها بدعوى الإبطال . وأما

ماورد بالفقرة الثانية من المادة ١١٦٧ مدني فرنسي فانه خاص بالمواريث عندم ولا شأن لنا به .

(٣) وإذا كان الحق المقرر للمدين هو حق الاختيار بين أمرين وكان الاختيار مقرراً بالقانون ذاته ^(١) فلا سبيل إلى الطعن على الاختيار هذا بسوى الإبطال مما أقام الدائن من الأدلة على الضرر الذى يلحقه من اختيار شيء دون آخر ^(٢) . ولكن هل يصح هذا رأى إذا ظهر سوء نية المدين فى هذا الاختيار ؟ يصح .

٣٤٦ - ٤) وإذا عقد للمدين عقوداً وكان يرمى بها إلى رواج أعماله وهي على العكس من ذلك ربما تهوي به إلى إيعسار فوق إيعساره. كأن يستأجر مسرحاً من المسارح ويستأجر الممثلين ويفضي إليهم بما لديه من المال أجراً لهم وأملاً في غزارة الكسب فيما بعد ثم هو لا يستطيع أن يحقق هذه الآمال فهل يجوز للدائن الطعن في استئجار المسرح ودفع أجور الممثلين بدعوى الإبطال، أم فتلت هذه الأعمال من دعوى الإبطال، وهي الأعمال المقصود منها رواج الحال والأمل في الكسب مما خيف في البدأ من فشلها في المستقبل؟ القول المنفي به في هذه الحالة أنه لا يجوز الطعن في هذا العمل^(٣). ويظهر أن هذا الرأي هو أثر من آثار التقيد في الأخذ بالأعمال السالبة أخذاً يقلل من مجالها ويوصد أبواب السعة أمامها كما لاحظ ذلك بحق «كولين وكابتان» وكما أشرت إليه في مكانه. ومع ذلك أليس بظاهر أن تبديد المال ذات اليمين وذات الشمال في مشروعات محفوفة بالفشل لا يقل خطراً عن التصرف في عقار أو منقول؟

٦ - الدائنون الذين يجوز لهم العمل

بدعوى الابطال

٣٤٧ - رأينا أن دعوى الإبطال عند الرومان كان الغرض منها تصفية أموال المدين أي أنها عامة لجميع الدائنين فيستفيد منها من التجأ إليها ومن لم يلجأ.

٤٥٩.١.٩.٣٠ س - ٥١٧.١.٩.١.٥ (٢) option légale (١)

(٣) بلايولس ١٧٠٨-١٣١٠ اذا كان العمل مشوباً بالصورة فهو باطل طبعاً بالنسبة للدائن وإذا اتفق المدين مع الورثة على اختصاص جهة معينة للاحوال الشخصية فلا يجوز للدائن الطعن في ذلك: ١٥ فبراير سنة ٩١٢، ٢٤، ١٤١، . - ويجوز للدائن الطعن في عقد القسمة الحاصل بين مدين وشركاء هذا الأخير اذا تبين أن نصيب مدين بسيط جداً ٢٣ أكتوبر سنة ٩١٧، ٣٠، ٥. - أو تبين أن القسمة جملت بالتأويل ٢٠ أبريل سنة ٩٢٢، ٢٥٦٣٢،

وسواء كان دين الدائن سابقاً على العمل المطعون فيه بدعوى الإبطال أم لاحقاً عليه أى سواء كان تاريخ دين اندائن متقدماً عن تاريخ العمل المطعون فيه أم متأخراً عنه . أما دعوى الإبطال في الوقت الحاضر فلم تخرج عن كونها وفقاً على من التجأ إليها دون غيره أى هي خاصة به دون الآخرين ووجب حينئذ على من يرفضها أن يكون دينه متقدماً على العمل المراد الطعن فيه لأنه انما يشكو ضرراً حل به بعد تقرير حقه وليس له التظلم من عمل قد تم قبل اتمام عمله هو ^(١) . ولكن اذا صحت ضرورة اشتراط تقدم تاريخ دينه على تاريخ العمل المطعون فيه فانه قد يحصل أن يقبل منه الطعن مع ذلك حتى اذا كان تاريخ دينه على الدين متأخراً على تاريخ العمل المطعون فيه أى حتى اذا كان القعد المطعون فيه قد سبق حصوله وتم وقوعه قبل تقرير حقه هو : يقبل منه ذلك اذا أثبت أن الدين قد أجرى العمل المطعون فيه في الحال حتى يقطع خط الرجعة على الدائن الذي سيتعامل معه فيما بعد وحتى يحرم هذا الدائن من الضمانات التي يستند إليها في تقاضي دينه منها ^(٢) وعلى ذلك يكون أساس الدعوى ، وهو الضرر المصحوب بالتدليس ، واقعاً حتماً اضراراً بالدائن المتأخر .

٣٤٨ - التنازع في أقدمية التاريخ بين عقد الطاعن والعقد المطعون فيه :

يجب على الطاعن أن يقيم الدليل أن تاريخ عقده متقدم عن تاريخ العقد المطعون فيه . وكيف يثبت هذه الأقضية ؟ هل يثبتها بمجرد اظهار تاريخ عقده أو بشهادة الشهود أم باثبات تاريخه حتماً بأحدى الطرق المبينة بالمادة ٢٢٩/٢٩٤ مدني و ١٣٢٨ فرنسي ؟ القول المولود عليه هو إثبات التاريخ لان المدعى ملزم بحكم القانون باثبات ما يدعيه (المادة ٢١٤/٢٧٨ مدني و ١٣١٥ فرنسي) أي يجب عليه إقامة الدليل على أسبقية عقده على العقد المطعون فيه سواء كانت هذه الأسبقية ثابتة بأحدى الطرق القانونية المقررة بالمادة ٢٢٩ مدني أو بأحدى طريقة أخرى ^(٣) ولا

(١) ٥٠٨٠١٠٩٠٥٠٥ - س ٥١٢٠١٠٩٠٦٠٦ : ٣ يناير سنة ١١٣٠٠٠ - ٢٥ مايو سنة ٩١٦٠٩١٦ - ٣٧٠٠٢٨ (٢) انظر الاحكام المبينة في الرقم الاخير للعاشرة الاخيرة (٣) استئناف ٤ فبراير سنة ٩٠٢ م ر ٣٠١ ص ٢٤٨ عدد ٩٤ وذكر الحكم ضمن أسباب سبياً وجبها وهو : « وحيث ان دعوى البطلان المرفوعة من المسأف وان كانت لا تستلزم حتماً استناد الطالبي في طلبه على سند ثابت للتاريخ الا أنه يلزم ان يكون قدم السند على السند المراد ابطاله محققاً تمام التحقيق . والاسهل على كل واحد ان يرجع من هبه بتصويره لقعد دين صوري يؤرخه كما يشاء »

٣٤٩ - وإذا فرض أن العقد اخص بالعمل السالب من العقود الخاضعة للتسجيل فهل يلزم على ذلك ضرورة تسجيله قبل تقرير حق الدائن الطاعن ؟ قال القضاء الفرنسي بالإيجاب^(٣) وذلك أن دائناً تعاقداً مع مدينه في الفترة الواقعة بين تحرير عقد ايجار تدليس بمعرفة مدينه وبين تسجيله (لانه كان عن مدة ١٨ سنة قارن للمادة ٦١٣/٧٤٠ مدني) أى تعاقداً بعد تحرير عقد الايجار وقبل تسجيله فحكم القضاء الفرنسي بأفضلية عقده لأنه أسبق على عقد الايجار غير المسجل . والذي نراه أن هذا الرأي غير وجه لان الدائنين العاديين لا يعتبرون في عداد الغير^(٤) فيما يتعلق بالتسجيل . بل الغير بالنسبة للتسجيل هم حملة الحقوق العينية العقارية . وعلى ذلك يكفي في العقد الخاضع للتسجيل أن يكون ثابت التاريخ حتى يحتاج به على الدائن العادى . ولكن اذا احتج به ضد الغير صاحب الحق العيني العقاري وجب أن يكون مسجلاً لا ثابت التاريخ . بل التسجيل أصبح لازماً الآن حتى يحتاج بالعقد ضد الملك نفسه طبقاً للدادة الاولى من قانون ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ دقي ١٨ و ١٩ أهلى ومختلط هذا مع ضرورة مراعاة أن التسجيل لا يترتب عليه نقل الملكية حتى ولو كان التصرف حاصلًا من طريق التهريب . وهذا ما نصت عليه المادة ٢٠ من قانون

الالتزامات المالية - ٤٤

التسجيل المذكور « فإذا لم تسجل هذه الاحكام والسندات فلا تكون حجة على الغير كما أنها لا تكون حجة كذلك ولو كانت حجة اذن داخلها انتدليس .. » والا لو قيل بعكس ذلك لكان فيه الغاء لدعوى ابطال التصرفات ولترتب عليه رواج التهريب والاضرار بالدائنين بما فيه من الخطر ما فيه الا اذا كان الشارع يحتاج وقت التصرف احتياطاً من شأنه اخبار من له مصلحة في الطعن على التصرف طعناً خاصاً لاجراءات قانونية ضامنة .

٣٥٠ - ويجب في الدائن الطامع أن يكون دينه مستحقاً حالا . أما اذا كان معلقاً على شرط أو معقوداً بزمان فلا يجوز له رفع دعوى الابطال . نعم ولو أن له حق اجراء الاعمال التحفظية ^(١) ضد مدينه ولكن دعوى الابطال لا تعتبر في عداد هذه الاعمال بل هي وسيلة تكميلية أو مساعدة فقط ^(٢) أى لا ترفع الا بعد أن يتحقق لدى الدائن بأنه لا يوجد لدى مدينه ما يصح التنفيذ عليه . وهل مثل ذلك يتحقق لدى الدائن المعلق دينه على شرط او الموقوف على زمن ؟ طبعاً لا . لذا وجب أن يكون الدين مستحقاً لوقته

٣٥١ - على أنه يجب ملاحظة أنه اذا أصبح المدين في حالة اعسار عام فلا يجوز للمدين الاستفادة من الزمن فيما اذا كان دين الدائن موقوفاً على حلول زمن معين ، بل يعتبر الدين حالاً (المادة ١٠٢ / ١٥٦ مدنى و ١١٨٨ فرنسى) وعلى ذلك يجوز في هذه الحالة رفع دعوى الابطال

ز - في ماهية دعوى الابطال

٣٥٢ - أثارت ماهية دعوى الابطال وكيانها القانوني ثائرة للفسرين فكتبوا فيها طويلاً طلباً في ازالة ما علق بها من الغموض . وقد تساءلوا عما اذا كانت هذه الدعوى هي دعوى الغاء ^(٣) أو هي مجرد دعوى اصلاح ضرر واقع ^(٤) ترفع ضد الغير وهو مدلس ^(٥) ومتواطى مع الدين . ثم عقدوا النظرية تعقيداً آخر وأفاضوا فيما اذا

(١) actes conservatoires (٢) راجع نبذة ٣٣٨ (٣) action en nullité (٤) tiers fraudator (٥) action en réparation du préjudice

كانت دعوى الابطال دعوى عينية ^(١) أو دعوى شخصية ^(٢) وذهب بعضهم الى أبعد من ذلك فقال بأن دعوى الابطال هي دعوة مختلطة ^(٣) أى هي بين العينية والشخصية ٣٥٣ ب . ولما كانت هذه المساجلات بين الكتّابين قد زادت غموض هذه المسائل فوق غموضها فالأفضل تركها جانبا مؤقتا والبحث في طبيعة الدعوى من طريق آخر . ذلك أن دعوى الابطال إنما هي وليدة الزمن الذى هذبها وكونها تكويننا يتفق مع الضرورات الاجتماعية المختلفة . وكان الغرض منها فيما مضى والآن أيضا حماية حقوق الدائنين مع عدم المساس بمصالح الغير حسني النية . أى هي تعمل على التوفيق بين حقوق متعارضة . لذا أصبحت متميزة بخصائص خاصة بها وذات صبغة موقوفة عليها فهي لا تعتبر دعوى الفناء ولا مجرد دعوى عادية بسيطة ^(٤) للمطالبة بإصلاح ضرر واقع بل هي تجمع بين هذه وتلك ^(٥) ولكن يجب أن تسارع الى تقرير انها أقرب الى دعوى اصلاح الضرر وجبره أى دعوى شخصية منها الى دعوى الانقضاء أى الدعوى العينية . أى أن صفة الدعوى الشخصية غالبية فيها والدليل على ذلك نفس ما قرره القضاء بشأن المشتري من المشتري ^(٦) اذا كان البائع يقع تحت طائلة دعوى الابطال سواء كان موهوبا اليه أو مشتريا بسوء نية من المالك الاصلى . ولقد عارض بعض الشراح في هذه الايام في الاخذ بهذا الرأي مستندين الى المنطق المحض في تقرير المبادئ القانونية وذلك بأن قلوا أن من نتائج دعوى الابطال القضاء على المقد الاول للملك للبائع الذى باع للمشتري الاخير . وما دام أن الاصل باطل فما يتفرع عنه باطل أيضا أى أن البيع الثانى ^(٧) باطل لبطان البيع الاول وعلى ذلك يصبح المشتري الثانى بلا سند تملك ما دام أن الملك لا سند له ^(٨) ولكن لم ترج هذه الطريقة المنطقية البحتة ولم يأخذ بها القضاء بل مرة بل قرر القانون الرومانى من قبله بأن نجاح الدعوى ضد المشتري الاول لا يؤثر على المشتري الثانى الا اذا كان هو الآخر قد تملك من

action (١) action mixte (٢) action personnelle (٣) action réelle (٤)
 pure et simple (٥) كولين وكاتان ج ٢ ص ٥٩ (٦) sous-acquéreur (٧) sous-
 aliénation (٨) ١٣ مايو سنة ١٩٠٣ ، ١٥ ، ٢٩٢

طريق التبوع^(١) أو بعقد بعوض وكان في هذه الحالة الاخير مدركا^(٢) للتدليس الذي يرتكبه المدين البائع اليه اضرارا بالاثنتين^(٣) وما دام الرأي القضائي هو كذلك وجب عدم اعتبار دعوى الابطال كدعوى الانفاء

٣٥٤ - وإذا لم تكن دعوى الإبطال دعوى الإلغاء فإنه لا يجوز مع ذلك تشبيهها بدعوى التمييز مادام أنها ترمى في الأصل إلى بطلان العقد الشوب بالتدليس حتى يتسنى للدائن الذي دفعها الحجز على الشيء أو نزع ملكيته . ولكن السبيل في نجاح الدائن موقوف على عدم المساس بمقوق الآخرين وهي الحقوق التي يجب حمايتها الأخرى قانوناً

ومع ذلك إما أن تنتهي دعوى الإبطال بطلان العقد المطعون فيه وإما أن تستحيل إلى المطالبة بتعويض فيبطل العقد ويصبح الشيء مهدداً بحجز ونزع الملكية من جانب الدائن إذا كان المشتري موهوباً إليه أو تماقداً مع المدين تماقداً بعوض وكان مبيعاً النية^(٤) أو كان المشتري من المشتري موهوباً إليه هو الآخر أو اشترى بسوء نية. وعلى العكس من ذلك إذا كان المشتري من المشتري حسن النية فإن عقده يظل صحيحاً ويبقى الشيء الباع تحت يده وإنا الذي يبطل هو العقد الأول الصادر من المدين إلى المشتري وفي هذه الحالة نستحيل دعوى الإبطال إلى تعويض قضي به للدائن ضد المشتري الأول منفرداً أو ضد الاثنين هو والبايع له بالضم^(٥)

٣٥٥ - هذا ويجوز رفع دعوى الإبطال ككل دعوى أخرى كما يجوز أن يدفع بها بمثابة دفع موضوعي ^(٦) في الدعوى للرفوعة ^(٧)

١٩٠٠ء س. — ٤٨٥٠٠٠ ٩٩٠٠ (٣) conscient (٢) à titre lucratif (١)

٢٣٥، ٢٢٤، ٢٢٦، ١٩١٤، ٢٦، ١٧٠، ٣- يونيو سنة ١٩٢٢، ٣٤، ٤٥٧، ٣١-

ديسمبر سنه ۹۹ م ر ۱، ۱ ص ۳۳۱ - حکم کلم ۲۹ نوفمبر سنه ۹۰۴ م ر ۱، ۱ ص ۴۳

Exception (٦) ٢١٧ ، ١٧٣ ، ٦٥ ، ٧٣ (٥) de mauvaise foi (٤)

(٧) حکم استئناف ١٧ مارس سنة ٩٠٨ م، ١٠، ١٢

ح. - في آثار دعوى الابطال

٣٥٦ - اذا نجحت دعوى الابطال فهل يستفيد منها جميع الدائنين أم يستفيد منها الدائن الذي رفعها فقط دون غيره ؟ أو بعبارة أخرى هل نتيجة الدعوى مطلقة^(١) أو نسبية^(٢)

رأينا أن نص المادة ١١٦٧ فرنسي يقول « ولهم أيضاً وباسمهم خاصة ... » أي أي للدائن وحده أن يرفع الدعوى باسمه لا باسم غيره أي أن الحكم الصادر فيها يكون أثره مقصوراً فقط على طرفي الدعوى المدعى والمدعى عليه . ذلك كله لأن القانون في الوقت الحاضر يرى أن دعوى الابطال هي دعوى فردية خاصة بمن يلجأ إليها ولا تعتبر دعوى يراد بها تصفية أملاك للدين كما كان الشأن عند الرومان . فإذا نجح رافع الدعوى في دعواه وصدر الحكم ببطالان العقد الطعون فيه استفاد هو خاصة من نتيجة هذا الحكم أي أن نتيجة الحكم نسبية غير مطلقة^(٣) ويترتب على ذلك أن العقد يظل صحيحاً بالنسبة للآخرين أي يظل صحيحاً بين المدين والمتعاقد معه ، وبين المدين وبقية الدائنين وهم الذين لم يكونوا أخصاماً في الدعوى

٣٥٧ - هذه النتيجة النسبية هي غير النتيجة المطلقة التي لاحظناها في الدعوى غير المباشرة المنصوص عنها بالمادة ٢٠٢/١٤١ مدني ١١٦٣ فرنسي وهي التي يرفعها الدائن بكتابة عن مدينه عند إهمال هذا الأخير أو تعمده عدم العمل إضراراً بدائنيه . والسبب في الفرق بين النتيجة في الدعويين راجع الى أن الدعوى غير المباشرة يقصد بها إضافة للبلغ أو الشيء الى مال الدين كان للدين هو الذي رفعها وحكم له بالدين . وعلى العكس من ذلك دعوى الابطال فإن الدائن الذي يرفعها إنما يعمل باسمه خاصة لا باسم مدينه أي ينفع بحق خاص له^(٤)

(١) absolu (٢) relatif (٣) ٤٩٠، ٢٤، ٩٤، د ٢٠ يناير سنة ١٩١٦، ٢٨، ١٢٢، - استئناف ٢٣ يناير سنة ١٩٠٠ م ٢٠، ١٠ م ٩٠ - جزئي اول يناير سنة ١٩١٩ م ٢٠، ١٠ م ١٢٠ عدد ٩٢ - جزئي ١٥ مارس سنة ١٩٢٠ م ٢٢، ١٠ م ٢٢، ٧٨ عدد ٤٤ . وعلى ذلك لا يعتبر العقد باطلاً بالنسبة لبقية الدائنين الذين لم يشتركوا في الدعوى (الحكم نفسه) . ويجوز حيث قبول دعوى ابطال ثانية بعد الفصل في دعوى ابطال اولى بالرفض : ٢٢ فبراير سنة ١٩٠٥،

٣٥٨ - وبما مر يمكن حصر النتائج القانونية لدعوى الابطال فيما يأتي :

(١) يبطل المقد المطعون فيه بالنسبة للدائن رافع الدعوى ، ولا يبطل الا اذا كان للمتعاقد مع المدين سىء النية . ومع الحكم بطلانه هذا فان الدائن لا يستطيع طلب بطلان المقد الصادر من المشتري الأول الى المشتري الثانى الا اذا كان هذا الأخير موهوباً له أو كان سىء النية . أما اذا كان حسن النية فلا يؤثر بطلان المقد الاول على المقد الثانى . بل تستحيل دعوى البطلان فى هذه الحالة الى تمويض يلزم به المشتري الاول وحده وبالتضامن مع المدين . وكذلك الحال فيما اذا كان المشتري قد ارتهن العقار دون شرائه^(١)

وعلى المشتري سىء النية أن يرد الثمرة^(٢) التى أخذها عند استثمار الشئ المباع له وهو مسئول أيضاً عن الثمرة التى لم يأخذها باهماله^(٣) وله حق المطالبة بما صرفه على الشئ من المصاريف اللازمة^(٤) لحفظ الشئ . وكذلك المصاريف النافعة^(٥) بقدر ما زاد فى قيمة الشئ^(٦) وقت رده المدين سواء كان حسن النية أو سىء النية . وليس له حق المطالبة بمصاريف الزينة^(٧) انما له رفع ما أجراه أي ازالة ما عمله على شرط عدم تلف الشئ . وله حق حبس الشئ تحت يده^(٨) حتى تمام ائتياف مصاريفه لأن له عليه حق امتياز^(٩)

(٢) يجوز للمشتري من المدين أن يبطل مفعول دعوى الابطال بان يدفع من ماله دين الدائن رافع الدعوى . وعلى ذلك يحكم بعدم صحة الدعوى لانتفاء مصلحة المدعى فيها^(١٠)

(١) د. ١١٣.٢.٧٧. س. ٣٢١.٢٠٧١ fruits (٢) ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣. ٣٠. ٩١٧ لان المشتري يعتبر انه ارتكب شبه جنحة quasi-délit (الحكم المذكور)
(٤) impenses nécessaires (٥) impenses utiles (٦) plus-value (٧) impenses voluptaires (٨) droit de rétention (٩) المادة ١٠٢/٧٢٩ مدنى . - راجع دى هلس ج ١ ص ١٣٧ و ١٣٨ و ١٣٩ النبذ ٦٢-٦٨ (١٠) وابطل المقد الصادر من المدين اضراً بدائنه مقصور فقط على التقدير اللازم لدفع دين الدائن الطاعن . فاذا رهنه عين ثم اوقفت ورفضت دعوى الابطال وحكم بقبولها ثم زعت ملكيتها وجب بعد دفع دين الدائن الطاعن أن يشتري بالبقية الباقية من الثمن عيناً ثم توقف ٢٥ فبراير سنة ١٩١٥.

(٣) لا يبطل العقد فيما بين الغير والمدين حتى ولو كان الغير مئىء النية . بمعنى أن الغير لو دفع الدين للدائن ظل عقده صحيحا وظل منتفعا بالشئء المباع له . واذا حكم بطلان العقد ونزع منه الشئء المبيع جاز له باعتباره خلفا للابائع^(١) الرجوع على المدين بالثمن لا بالتعويض ، أى له حق الرجوع بالضمان^(٢)

(٤) واذا نجح المدعى فى دعواه أصبح فى مأمن عن مزاحمة الدائنين الآخرين له^(٣) إلا اذا دخلوا كلهم أو بعضهم خصما فى الدعوى وانضموا فى طلباتهم الى المدعى فى هذه الحالة يستفيدون من الحكم فيها مثله تماما^(٤)

وهذا الرأى الاخير هو قصر نتيجة الحكم على الدائن رافع الدعوى دون بقية الدائنين فانه لم يجمع عليه القضاء فى جميع أحكامه بل ذهب بعض الاحكام الى الرأى العكسى^(٥)

٣٥٩ - أما اذا كانت دعوى الابطال مرفوعة ضد المدين المقلس^(٦) فان أثرها يكون عاما مطلعا لجميع الدائنين وذلك نظراً لعدم قابلية الافلاس للتجزئة ولأن دعوى الابطال تعتبر وقتئذ من الاجراءات الشاملة لجميع الدائنين^(٧) تحكى فى نتائجها ما كان معروفا عند الزمان من رد الشئء الى ما كان عليه^(٨)

فى سقوط دعوى الابطال بمضى المدة

٣٦٠ - نصت المادة ١٣٠٤ من القانون الفرنسى على ان دعوى الالغاء تسقط بمضى عشر سنوات اذا لم ينص القانون على مدة أقل . ولا يوجد بالقانون المصرى شبيه لها . وعلى ذلك كل دعوى بالالغاء تسقط فى مصر بلدة العادية المسقطه للحقوق كافة دهى ١٥ سنة الا اذا نص القانون على مدة أقل . اما دعوى الابطال فقد قلنا عنها بانها ليست دعوى الغاء محضة أى ليست بدعوى عينية وانها ليست بدعوى تعويض صرفة أى ليست بدعوى شخصية بل هى بين بين وهى أقرب

(١) ayant cause (٢) recours en garantie (٣) concours ١٤٠٠٢٠٩٢٠ د
- س. ٩٠٢٠٩١٠ (٤) دى هلس ج ١ ص ١٣٩ نبذة ٦٠ و ٦١ (٥) س. ١٠٧٨
٣١٦٠ - د. ١٠٩٢٠٢٠٩٠٢ - س. ٢١٠٠٢٠٩٣ - دى هلس ج ١ ص ١٦ نبذة ٥٩
(٦) débiteur en faillite (٧) mesure collective (٨) restitutio in integrum
١٩١٠ ٤٠٩٠١٠٩٠٢ و قال « بيرسيرو Percerou » - س. ١٠٩٠٩٠١٠٣٠٥٠ وقال
« ليون كان Lyon - Caen »

الشخصية أكثر منها العينية^(١) وعلى ذلك فهي تسقط ككل دعوى أخرى بمضى ١٥ سنة ما دام أن القانون لم ينص على مدة أقل^(٢)

ولكن هل يجوز أن تسقط الدعوى بمضى المدة الصغيرة المسقطة ؟ أى هل يجوز للمشتري إذا لم ترفع الدعوى من الدائن في ظرف خمس سنوات من تاريخ شراء المشتري من المدين ، أن يدفعها باكتساب الملكية بمضى المدة القصيرة أى خمس سنوات ؟ لا يجوز ذلك . لأن دعوى الابطال يراد بها بطلان تصرف أو تعويض أى أنها لم تكن دعوى عينية . وما دام أن المدة المكتسبة تحمى واضع اليد ضد الدعوى العينية الموجهة قبله دون غيرها لتحمية ضد المالك الحقيقي في حالة شرائه من غير المالك فهي لا تصح حينئذ دفعاً تدفع بها دعوى الابطال التي قلنا عنها بأنها شخصية لا عينية هذا ويجب هنا ملاحظة ضرورة التفرقة بين حسن النية في التقادم بخمس سنوات وسوء النية في عوي الابطال إذ الأول خاص بأن المشتري يعلم بأن ملكه ممالك لما يتصرف فيه . وأما الثاني فهو ادراك المشتري للضرر المحدث بدائتي البائع من جراء هذا التصرف . وعلى ذلك يجوز أن يكون المشتري حسن النية من حيث التقادم القصير لكونه اعتقد أنه اشترى من المالك الحقيقي ، وسوء النية من حيث دعوى الابطال لكونه يعلم بأن شراءه يسبب اعسار البائع أو يزيد في هذا الاعسار ولا تمارض بين الاثنين . إذ قد يحصل أن يعتقد بحق بأن المالك له مالك حقيقة لما يتصرف فيه اليه ، ولكن في آن واحد يعلم ويدرك هذا المشتري بأن نفس هذا التصرف ضار بدائتي البائع ، ويصبح المشتري في هذه الحالة جامعاً لحسن النية في موضع وسوء النية في موضع آخر .

(١) كابتان ص ٦١ - بلانويول ص ١٥٣٣ وما بعدها - ٩٤، د ١ ، ٥٥٠٥ - س ٩٨ ، ١٠٠ ، ٥١٠
(٢) ولكن القضاء المختلط أصدر حكماً هاماً إذ قال بأنه لا يجوز الدفع في وجه رافع دعوى الابطال ، بالدفع بمضى المدة الطويلة من قبل الغير . لأن هذا الدفع لا يدخل ضمن دائرة دعوى الابطال بل هو اجنبى عنها . ولأنه من المستحيل أن يفضل الحق العيني المقرر لهذا الغير الحق الشخصي المقرر للدائن . وإذا كان هذا الغير مسئولاً لسبب اللجنة التي وقعت منه ، وهي لجنة الفس والتدليس ، أو مسئولاً بسبب شبه اللجنة وهي الآراء ، وحق ولو أصبح مالكا للمعار بمضى المدة ، فانه من اللازم عليه أن يرد المعار الى مال المدين حتى بذلك يصلح للضرر الذي أحدثه بالدائن رافع دعوى الابطال : استئناف م ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ثق ٩٦، ٣٥

فى العمل بدعوى الابطال الرومانية فى الوقت الحاضر

٣٦١ - دعوى الابطال الرومانية باقية فى حالة الافلاس التجارى . وذلك ان التاجر اذا ساءت حاله وتوقف عن الدفع أى عن الوفاء بالديون المطلوبة منه يعمل فى الغالب على السير فى طريق التدليس أملا فى الحصول على مال أو فى تفضيل بعض الدائنين على بعض حتى يستعين بمن يفضلهم بمعاونتهم إياه فى إعطائه مهلة فى الدفع تنادياً من الافلاس أو فى التعمية عليهم حتى لا يشعروا بما نزل به من الاعسار . لذا سميت ، بحق ، الفترة الكائنة بين الوقت الذى امتنع فيه عن الدفع وبين اشهار افلاسه بالفترة المشكوك فيها ^(١) نظراً لما يحيط بالمدين التاجر المعسر من شبهات تهدد جماعة الدائنين فى حقوقهم . ولهذا السبب عمل القانون التجارى على الاهتمام بوضع احتياطات ترمى الى حماية الدائنين مما يجربه المدين فى فترة الشك (المادة ٢٢٧ / ٢٣٥ تجارى و٤٤٦ فرنسى) حيث التى بمض الاعمال الصادرة من المدين كالتبرعات ودفع الديون غير المستحقة ، أو دفع الديون المستحقة بغير النقود والسندات التجارية ، وتقرير رهن تأميني أو حيازي لديون سابقة . ويقع الالفاء هذا دون الحاجة الى الطعن فيها أو اثبات التدليس اذ التدليس والضرر مفروض وقوعه والقرينة عليها قائمة وقاطعة . وأما الاعمال الأخرى كالتصرف بموؤ ودفع الديون بمبالغ من المال فانه يجوز الغاؤها اذا قام الدليل على علم الغير بالتعامل مع المدين بتوقفه عن الدفع (المادة ٢٢٨ / ٢٣٦ تجارى و٤٤٧ فرنسى)

مما مر برى ان دعوى الابطال لا توجه ضد عمل منفرد بل ضد طائفة من الاعمال ولذا سميت بدعوى الابطال للوجزة ^(٢) هذه هى الخصيصة الاولى لدعوى الابطال فى الافلاس

وأما خصيستها الثانية فهى التى أخذتها عن الرومان أى انها احتياط فى مصلحة جماعة الدائنين أى احتياط للجميع ^(٣) لان الذى يقوم به هو وكيل الدائنين ^(٤)

(١) période suspecte (٢) action paulienne simplifiée (٣) mesure collective (٤) syndic

وباسمهم . ويجوز لهذا الوكيل الاستعانة بدعوى الابطال العادية للطعن بهاعلى أى عمل آخر تدليس ضار للدائنين يكون قد وقع قبل الزمن المشكوك فيه ^(١) . واذا أهمل وكيل الدائنين في رفع هذه الدعوى في هذه الحالة الاخيرة وظروفها جاز لكل دائن على حدة ان يرفعها باسمه خاصة وبذلك يتحمل وحده ^(٢) عبء ما يقوم به من مصاريف وخلاف ذلك ^(٣) . ولقد قال البعض أكثر من ذلك وهو جواز مزاحمة جماعة الدائنين لوكيلهم في رفع دعوى الابطال عن الاعمال الحاصلة في الوقت المشكوك فيه . وهذا الرأي محل نظر

٣ - في دعوى الصورية

٣٦٢ - رأينا في دعوى الابطال ان التصرف الحاصل من المدين تصرف جدي أي تصرف قانوني في ذاته نافذ على الاثنين لانه بمقابل ودفع فيه ثمن انماشاب العقد فقط التدليس من قبل المدين اضراراً بدائنيه - أما التصرف الصوري فهو تصرف من غير مقابل أريد به اخراج الشيء من مال المدين أو تحميله برهن كل ذلك على شكل صوري أي غير حقيقي وقد يحصل لزيادة الاهتمام أن يسعى الطرفان الى تسجيل العقد أو اثبات تاريخه ذراً للرماد في أعين الناظرين اليه من الدائنين ، ومع التسجيل واثبات التاريخ يظل العقد صورياً . فاذا وقع العقد على شكل صوري ، أي حصل عند ولم يحصل تصرف حقيقي ، جاز للدائن أن يرفع دعوى الصورية ^(٤) ويطلب فيها الحكم باعتبار العقد صورياً وأنه لم يحصل في الحقيقة تصرف ما وأنه ان وجد العقد فوجوده وهمي ^(٥) لاحقيقي . وعلى ذلك لا تعتبر دعوى الصورية دعوى الغاء ^(٦) ولا دعوى اصلاح ضرر ^(٧) بل هي دعوى التقرير بنفي وجود التصرف ^(٨) إذ يطلب فيها الى القاضي الحكم بالتقرير بعدم وجود العقد من الوجهة القانونية . وليس

(١) س. ١٠٩١٢، ٥٦١ ومقال « Bourcart » (٢) à ses risques et périls

(٣) د. ٤٠٩، ١٠٩١٠ ومقال « بيرسيو Percerou »—س. ٣٤٥، ١٠٩٠٩ ومقال « ليون كان

(٤) Lyon-Caen (٥) existence fictive (٦) action en nullité (٧) action en réparation de préjudice (٨) action en

déclaration d'inexistence

٣٦٣ — والشبه قائم من بعض وجوهه بين دعوى الإبطال ودعوى الصورية من حيث الحصول على حكم بعدم صحة العقد ومن حيث جواز اعتبارهما دفعا لموضوعها في الدعاوى دون الحاجة إلى ضرورة دفع دعوى بهما ، وجواز الدفع بهما في آن واحد^(٣) . ولذا خلط القضاء الفرنسي أحيانا بين الدعويين ولكنه انتهى بالفرقة بينهما بفرقة جعلت لكل منهما مجالا خاصا ونتائج معينة موقوفة عليه^(٤) . وكذلك يوجد بعض الشبه أيضا بين دعوى الصورية والدعوى غير المباشرة من حيث أن كلا منهما أداة حماية للدائن ولكن الفرق بين هذه الدعاوي عظيم .

٣٦٤ — وتختلف هذه الدعاوى بعضها عن البعض فما يأتي :

ففي مختلف دعوى الصورية عنه الدعوى غير المباشرة : الشبه عظيم بين الاثنين لأنه يظهر أن الدائن في دعوى الصورية إنما يعمل بالنيابة عن مدينه . ويجوز لهذا المدين قانوناً استرداد شئنه ممن تماقد معه صورياً ولكن مع ذلك يوجد فرق كبير بين النوعين . لأن في الدعوى غير المباشرة يعمل الدائن باسم مدينه . ولكن في دعوى الصورية يعمل باسمه خاصة . ومن ذلك النتائج الآتية

(١) إذا رفع الدائن الدعوى غير للباشرة وطلب الحكم بالتيابة عن مدينه بصورية القعد وجب عليه أن يخضع لتعبود « ورقة الضد » ^(٥) أى يجب عليه اثبات الصورية بالكتابة. وعلى العكس من ذلك فما إذا رفع دعوى الصورية فإنه يجوز له في هذه

الحالة أن يثبت الصورية بجميع الأوجه القانونية . ويرجع هذا الفرق الى أن الدائن في الحالة الأولى هو ظل مدينه أى خلفه ^(١) فيجب أن يحتج عليه بما يحتج به على مدينه . وأما في الحالة الثانية فهو في عداد طبقة الذير ^(٢) أى ما صدر من مدينه لا يعتبر حجة عليه الا بشروط خاصة ولانه يستحيل عليه الحصول على سند كتابي بالصورية اذ لم يكن طرفاً في العقد المطعون فيه ولذا يجوز له الاثبات بالقرائن والشهادة (المادة ١٤٤٨ مدني فرنسي) ^(٣)

(٢) اذا عمل الدائن وحده باسم مدينه استفاد الدائنون الآخرون . أما اذا عمل بدعوى الصورية قائما بعمل باسمه خاصة ويستفيد وحده من نتيجة الحكم دون الآخرين اذ يحجز أو ينزع ملكية العقار وحده دون غيره استثناء لدينه بلامزاحمه له

٣٦٥- في افتتاف دعوى الصورية عن دعوى الابطال : في دعوى

الابطال يرمى الطالب الى بطلان عقد صحيح في ذاته . وفي دعوى الصورية يرمى عدعى الى اثبات عدم وجود العقد من الوجهة القانونية والى اقصاء بصوريته . ويترتب للملى ذلك كله ما يأتي :

أولاً من حيث شرط الدعوى : لا يلزم المدعي في دعوى الصورية بآثبات أى شرط من الشروط المقررة للدعوى الابطال لا الضرر ولا التدليس ولا التواطؤ

(١) فن حيث الضرر ليس له آثباته أى ليس ملزماً أولاً بمجرد أملاك المدين ولا يصح الاحتياج عليه بأنه في امكانه تقاضى دينه من أى شئ آخر مملوك للمدين لانه للدائن أن يختار ما يشاء من أملاك مدينه للتنفيذ عليه بدينه

(٢) ومن حيث انتدليس فلا يلزم المدعى في الصورية آثباته أى قبل الدعوى حتى ولو لم يرد المدين بلرة الاضرار بالدائن .

(٣) أما التواطؤ فهو مفهوم بطبيعة الصورية اذ لا تفهم الصورية بدونها وليس من شأن العقد الصوري قتل أى حق ما الى التعامل مع المدين ولذا لا يملك التعامل مع

المدين أى شئ . وترتب على ذلك أنه لا يستطيع هو الآخر أن يملك هو أى شخص آخر ما دام لا يملك هو شيئاً ما^(١)

فإذا تماثل الغير مع المشتري من المدين بأن اشترى من المشتري أو ارتهن منه العقار فلا يصح العقد لان الأساس الذى استند اليه فلمسده وهو عدم وجود العقد بالمرّة من الوجهة القانونية^(٢) . وهذا على خلاف ما رأيناه فى دعوى الابطال اذ مع الحكم بطلان عقد المشتري الأول فان عقد المشتري الثانى يصبح صحيحاً ويجوز الأخذ به اذا توافرت شروط صحته من حيث دعوى الابطال .

٣٦٦ — هذا ولا يمكن فى هذه الحالة ، اى فى حالة أن يكون قد ارتهن الغير العقار من المشتري الأول أو توقع له عليه اختصاص ، الاستناد الى المواد ١٧٦ و ١٩٧ و ٢٤٢ مدنى مختلط (وهى المواد التى لا مثيل لها فى القانون الأهلى ، وهذه ملاحظة هامة جداً) واعتبار أن الحكم بابطال العقد الصورى لا يمتشى أثره على الدائنين المرتهنين بحسن نية . ذلك لان المواد المذكورة خاصة بحالة فسخ العقد^(٣) ذلك الفسخ الذى يرجع إما الى عدم قيام المشتري من المدين بتنفيذ شروط العقد^(٤) وإما الى عيب شاب عقد المشتري أى أحد عيوب الرضاء^(٥) . وترتب على عدم تنفيذ الشرط أو حصول العيب فسخ العقد (المادة ٢٤٢ مدنى مختلط) . هذا ويلاحظ بأن هذه المواد المختلطة خاصة فقط بالدائنين المرتهنين لا المشترين وسنبين ذلك عند ما نتكلم على دعوى الالغاء فيما بعد .

ثانياً : من حيث الرائنون الزيمه برفعهم الرهوى : فى دعوى الصورية يجوز لجميع الدائنين المتقدمين منهم والمتأخرين على العقد الصورى حق رفع تلك الدعوى اذ للدائنين المتأخرين الحق فى القول بأن حق الضمان العام المقرر لهم على أموال المدين كان يشمل أيضاً الشئ الذى خرج صورياً من هذه الاوال

(١) ١٢٧، ٢، ٩٠٥، ٥، ١٢٧ (٢) استئناف ٢٨ مايو سنة ٩١٣ م ر ١٥٠١، ص ١٤٠.
(٣) résolution (٤) المادة ١٧٦ مدنى مختلط ويستفاد ذلك من وضع المادة بعد المواد
الآخري الدالة على ذلك (٥) المادة ١٧٦ مدنى مختلط ويستفاد ذلك أيضاً من وضع المادة
مقب المواد الآخري الدالة على ذلك

ثالثاً : ومن حيث سقوط الحق بالتقادم : فان حق رفع دعوى الإبطال يسقط بمضى ١٥ سنة وأما حق رفع الدعوى الصورية فانه لا يسقط أبداً^(١) مهما طال الزمن ما دام العقد الصوري لم يوجد للمرة ولن يكون له أثر في الوجود وإذا صور المدين مع آخر دعوى صورية وصدر فيها حكم بالتزام المدين بدينين جاز للدائن للمدين رفع دعوى الصورية يطلب فيها الحكم بصورية الدعوى الأصلية بحيث لا يكون للحكم الصوري أثر ما في مال المدين وإذا كان العقد المخلون فيه بالصورية مفرغاً في قالب بيع وأريد به في الحقيقة والواقع التبرع الى المشتري وجب في هذه الحالة لاثبات الصورية اثبات أمرين : أولاً : اثبات صورية البيع . ثانياً : اثبات صورية الهبة^(٢) لأنه اذا ثبتت صورية البيع دون الهبة سحقت الهبة بمقتضى المادة ٤٨/٧٠ مدني اذ تصح الهبة بلا عقد رسمي اذا أفرغت في قالب عقد بموَض . ولذا يجب اثبات صورية الهبة أيضاً أي أن نية التبرع معدومة عند الواهب وأن الهبة صورية . وانما كان عقد البيع وسيلة للفرار من شرط رسمية الهبة وللإيهام بأن ليس هناك هبة أيضاً

في الالتزامات الطبيعية^(٣)

(١) كلمة عامة

٣٦٧ - الالتزام الطبيعي^(٤) أو الواجب المعطل هو التزام لا جزاء له^(٥) أي لا يستطيع الدائن مقاضاة مدينه بشأنه والمدين بالخيار ان شاء وفي وان لم يشأ فلا يوفي والأمر في الوفاء أو عدم الوفاء يرجع الى ضميره . انما اذا اعترف بمحض ارادته بوجود الدين حقيقة استحال الالتزام الطبيعي هذا الى التزام مدني كامل واذا دفع الدين فدفمه صحيح قانوناً لا يجوز له استرداده . وهذا ما نقوله المادة ١٣٧/٢٠٨ مدني إذ قررت ما يأتي : « انما من أعطى باختياره^(٦) شيئاً لآخر وفاء لدين يستند لمزوميته

(١) droit imprescriptible (٢) ٧٣، ٤١، ٨٠ - س' ٧٢، ١، ٧٣

(٣) كاتان من ٦٤-٧٤ والهامش من ٦٤ - بلانول من ١١٦ - ١٢١ و٢٣٧-٣٤٦

(٤) obligation naturelle (٥) sanction (٦) paiement volontaire

به^(١) ولو لم يوجب القانون^(٢) لا يكون له استرداده « وقلت المادة ١٢٥٣ ققرة ٢ فرنسي ما يأتي : « ولا يجوز استرداد المدفوع بالنسبة للالتزامات الطبيعية^(٣) التي وفيها بمحض الإرادة » وهذا النصان المصري والفرنسي لم يرد خلافاً لنصوص أخرى . ومن مقارنة النصين نرى أن الشارع الفرنسي ذكر عبارة الالتزام الطبيعي وأن الشارع المصري لم يذكرها بل ذكر بدلاً عنها عبارة « واجب لم يوجب القانون^(٤) » ونلاحظ أن النص العربي للمادة المصرية لم يحسن ترجمة هذه العبارة الفرنسية الخاصة « بالواجب الذي لم يوجب القانون » إذ لم يأت بكلمة تقابل كلمة الواجب الفرنسية^(٥) وكلمة الواجب هذه معني ذو أثر في تحرير نظرية الالتزامات الطبيعية

٣٦٨ — وعلى ذلك يعتبر من أخص خصائص الالتزام الطبيعي أنه يمكن الوفاء به بإرادة المدين ولا يكره عليه بواسطة طرق التنفيذ المقررة قانوناً أي يصبح الالتزام غير ملزم^(٦) ولكن ألا يلاحظ في ذلك شيء من التعارض بين الالتزام من جهة وعدم الالتزام به من جهة أخرى ؟ يزول هذا التعارض إذا رجعنا لدرس الاحوال الخاصة التي يتقرر فيها الالتزام الطبيعي . ذلك لأنه توجد أحوال يلتزم فيها الانسان من الوجهة الادبية دون أن يكون مكرها على الوفاء بالوسائل القانونية . وباد بالوجهة الادبية الواجب الادبي غير القانوني الذي يرجع في تقديره الى ضمير الانسان وذمه كما في حالة الدين في لعب الميسر أو القمار^(٧) أو الدين بالمرأنة^(٨) (المادة ١٩٦٥ فرنسي) وحالة الدين غير المدفوع والذي انقضى بمضي المدة المسقطه أو بتصلح المدين المتأس مع دائنيه^(٩) فإذا دفع المدين في هذه الاحوال فلا يعتبر متبرعا بل يعتبر أنه وفي بدين اشتغلت به ذمته أي لا يعتبر واهبا

٣٦٩ — والالتزام الطبيعي على هذا الاعتبار هو التزام يربط المدين برابط قانوني^(١٠) وهذا الرابط القانوني مشترك في الالتزام الطبيعي والالتزام المدني^(١١) انما القانون يأخذ بناصر الثاني دون الاول^(١٢)

(١) en vertu d'un devoir (٢) non sanctionné par la loi (٣) obli-
devoir (٤) devoir non sanctionné par la loi (٥) gations naturelles
dette de jeu (٦) obligation non obligataire (٧) ٢٦ مايو سنة ١٩٢٠، ٣٣٧، ٣٢٠
obligation (٨) dette de pari (٩) concordat (١٠) lien de droit (١١) obligation
civile (١٢) دى طلس ج ٣ ص ١١٣ - ١١٤ ن ٤

وإذا كان الالتزام الطبيعي لا يعتبر التزاماً مدنياً ولا تبرعاً فهو حينئذ التزام بين أي التزام غير كامل بل هو التزام ناقص^(١) ولما كان النقص ظاهراً في أمر هذه النظرية ولم يقر لها القانون المصري والفرنسي المادة واحدة فيهما، وكانت هذه النظرية من النظريات التقليدية^(٢) التي تكونت أحكامها بحكم العادة والزمن والتقاليد الأولى وجب حينئذ البحث عن مصادرها وأحكامها في ماضيها وحاضرها

٢ . الالتزام الطبيعي عند الرومان

٣٧٠ - أن التعبير بالالتزام الطبيعي وكذلك النظرية في ذاتها قل بهما الرومان . ولقد لوحظ في عصر « نيرون »^(٣) و « جوليان »^(٤) أنه وجدت التزامات لم يحكمها القانون بإداة الدعوى^(٥) ومع ذلك إذا حصل الوفاء بها كان الوفاء صحيحاً ولقد ثبتت هذه النظرية في عهد تكوينها الأول بالعقود التي كان يجريها الأرقاء ثم أخذت تنمو شيئاً فشيئاً حتى استعان بها مشرعو الرومان في تحرير آثار قانونية لبعض الالتزامات التي كانت يعمل القانون المدني الروماني المحض على نحو هذه الآثار القانونية من طريق تخيل المراقيل الصورية تخيلاً استبدادياً . وهنا قامت حركة التشاد بين التفسيرين ومرونتهم والقانون المدني الروماني وشده وانهى الأمر بأن يقرروا اعتبار طائفة من الأعمال في عداد الالتزامات الطبيعية وهي التزام القاصر^(٦) الذي تعاقده من دون الحصول على تصريح^(٧) من الوصي عليه . أو التزام الشخص الذي لم يبلغ الخامسة والعشرين^(٨) والمعين له قيم^(٩) بلا رضا^(١٠) من القيم . أو التزام القاصر الذي لم يعين له وصى بالمرّة والالتزام ابن الأمرة بما يخالف قانون ماسيدونيان^(١١) . والالتزام القاصر المحرر^(١٢) الذي منح حق استرجاع الشيء ورده إلى أصله^(١٣)

وقد قصر الرومان نظرية الالتزامات الطبيعية على هذه الأحوال للمعينة ولم

(١) obligation imparfaite . - كولين وكاتبان ج ٢ ص ٦٥ (٢) traditionnelles
(٣) Nérone (٤) Julien (٥) action (٦) impubère (٧) auctoritas (٨) mineur de vingt-cinq ans
(٩) consensus (١٠) curateur (١١) Senatus consulte macédonien (١٢) restitutio (١٣) in integrum

يتمدوها ولكنهم مع ذلك توسعوا في النتائج القانونية للنظرية . وهذه النتائج القانونية للرومان في الالتزامات الطبيعية هي ما يأتي :

(١) ليس الدائن الذي دفع دينه أن يشترط ما دفعه مطلقاً وليس له رفع دعوى الدين المدفوع بلا سبب^(١) فلا يشترط ما دفعه ولو دفع عن خطأ^(٢) لانه ملزم بالدين طبقاً للاصول القانونية المقررة بالقانون المدني الروماني البحث^(٣)

(٢) يعتبر دفع الدين وفاء بالمعنى القانوني لا تبرعاً

(٣) يجوز في بعض الاحوال اعتبار الالتزام الطبيعي سبباً للمقاصة يدفع بها المدين في الالتزام الطبيعي . واعتبار الالتزام الطبيعي صالحاً لان يكون مضموناً بكفالة أى مكفولاً ، أو مضموناً برهن تأميني ، أو محلاً للاستبدال في الدين . وهذه الاحوال المختلفة تجعل الالتزام الطبيعي يستحيل الى التزام مدني

(٣) الالتزام الطبيعي عند الفرنسيين قبل سنة ١٨٠٤

٣٧١ - لم تعرف نظرية الالتزام الطبيعي في القانون الفرنسي القديم قبل ظهور القانون الروماني بفرنسا والعمل به . وقد أتى « دارجنترية »^(٤) الاخذ بها لاعتبارها مسألة دقيقة جداً وليس لها مسوغ قانوني ما . وعلى العكس من ذلك رحب بها « دوما » وبوتييه .

واقصر دوما على الأخذ بها في حالة القصر الذين لم يصرح لهم بإدارة أعمالهم من جانب الوصي^(٥)

أما بوتيه فقد أفسح لها مجال العمل وكان أوسع صدرأً بها عن تقديمه أو عاصره . وهو أول من قال بالانواع التي يصح الأخذ فيها بنظرية الالتزام الطبيعي . وهي الانواع الآتية

أولاً : الالتزامات الطبيعية التي قرر القانون حرمان الدائن فيها من أداة الدعوى نظراً لكرهته للسبب الذي استندت اليه ، كالدين الذي يستحقه صاحب الحان^(٦) أو صاحب الماخور عماسرف داخل حانه

(١) conditio indebiti (٢) par erreur (٣) civiliter (٤) d'Argentré (٥) incapables non habilités (٦) cabaretier

مُلْأً : الالتزامات الناشئة عن العقود التي تحصل بمعرفة أشخاص متصفين بالتمييز^(١) إلا أن القانون لا يميز لهم التعاقد كالزوجة التي تعاقد بلا إجازة من زوجها **مُلْأً :** يستحيل الالتزام المدني الى التزام طبيعي اذا نجح الدين في الدعوى المرفوعة عليه بأن يدفعها بالدفع الخاص بعدم جواز نظرها^(٢) . كالدفع الخاص بقوة الشيء المحكوم فيه والدفع باليمين الحاسمة والدفع بمضى للدة القانونية في سقوط الحق ثم قرر بوتييه وجود فرق بين الالتزام الطبيعي هذا المتقدم ذكره وبين مجرد واجب الضمير^(٣) الذي لا يرى فيه أى اماره قانونية

وأما عن نتائج الالتزام الطبيعي فانه خالف فيها القانون الرومانى اذ أبى أن يجعل لها جميع النتائج القانونية التي تقررت بالموسوعات الرومانية^(٤) فأبى عليها أن تكون دنعاً في المقاصة أو أن تكون محلاً للكفالة . إنما قرر لها نتيجة خالف فيها الرومان إذ قرر صحة الوفاء بالالتزام الطبيعي على شرط أن يكون الوفاء إرادياً أى بمحض إرادة المدين . وشرط الارادة هذا لم يقل به الرومان فاذا دفع المدين الدين فليس له استرداده من الدائن لانه لم يفعل شيئاً أكثر من ارضاء ضميره بما التزم به

هذا هو ما قاله بوتييه ويظهر ان القانون الفرنسى الموضوع سنة ١٨٠٤ لم يشأ مخالفته فيما قرره بل على العكس من ذلك أراد فعلاً الاخذ بما قرره . إذ لم يخرج محضرو ذلك القانون عن الامثلة الثلاثة التي ذكرها بوتييه والتي جعلوها مناراً يهتدون به في تقرير نظريتهم وقرروا عدم جواز الاسترداد

ولما جاء الشارع المصرى سنة ١٨٧٥ وسنة ١٨٨٣ قلد الشارع الفرنسى واقتصر هو الآخر على مادة واحدة بعد أن ترك جانباً بعض المواد الاخرى الخاصة بالرهانة والعب والتي تعتبر في ذاتها صوراً تطبيقية للنظرية كما سيتضح مما يلى :

والآن نأخذ في بيان هذه النظرية وأركانها ونتائجها في الوقت الحاضر مستعينين في ذلك بماضيها وما قرره القضاء مما أفسح مجال العمل أمامها افساحاً عظيماً لم تكن معروفة به من قبل

٤ - في الأحوال التي يتكون منها الالتزام الطبيعي

٣٧٢ - قرر هذه الأحوال الفقه والقضاء . واقتصر الفقه على أحوال خاصة . وأما القضاء فقد أكثر منها بقدر ما دعت اليه الضرورات الاجتماعية التي تأخذ عادة في التجدد والتغير .

١ - في الأحوال التي قال بها الفقه

٣٧٣ - رجع رجال الفقه في تعيين هذه الأحوال ، كما رجع القانونيون السابقون على القانون الفرنسي للموضوع سنة ١٨٠٤ ، الى الفروقة بين الالتزام الطبيعي والواجب الأدبي^(١) . وفولوا بأن الثاني يرجع الآداب والأخلاق^(٢) ، وأما الأول فانه يرجع للقانون أي أنه الزمام حقيقي أو بمعنى آخر هو عبارة عن رابطة قانونية اتصلت بدائن ومدين ونظراً لظروف خاصة ارتفعت عن هذه الرابطة القوة الإكراهية^(٣) وحرمت من حق رفع الدعوى أمام القضاء . وأما الواجب الادبي فهو غير موجود بالمرّة من الوجهة القانونية البحتة .

وعلى هذا الاعتبار تكون الالتزامات الطبيعية إما التزامات مدنية لم تتم^(٤) أو التزامات مدنية زالت قوتها التنفيذية^(٥) والأسباب فيها جميعاً هي ما يأتي :

(١) الغاء التعهد مأخوذ على مفقود الأهلية نظراً لعدم توافر الشروط

المفردة قانوناً : الغاء التعهد هذا هو خلاف الانهاء بسبب عيب في الرضاء ويقولون فيه بأن الالتزام يصبح التزاماً طبيعياً في ذمة مفقود الأهلية فإذا دفع الدين بعد بلوغه من الرشد أو دفعه وقت قيام فقد الأهلية ولكن مع مراعاة القيود القانونية في هذه الحالة الأخيرة فلا يجوز استرداد المدفوع^(٦) .

أما إذا كان الغاء العقد يرجع لأسباب تمس النظام العام فانه لا يبقى أثر ما

(١) devoir moral (٢) Morale (٣) force coercitive (٤) obligations

civiles avortées (٥) obligations civiles dégénérées (٦) د ٩٦ ، ١٠١

٣٩١ - س ، ٩٧ ، ١٠١ ، ٢٢٥ ومقال « Esmein »

للالتزام الطبيعي بذمة المدين اذ لا يوجد دين ، لا دين طبيعي ولا دين شرف ^(١) اذا كان الالتزام غير مشروع ^(٢) وعلى ذلك يجوز لمن دفع فوائد فحشة أن يستردها ^(٣) (٢) الوصايا المقول بها شفوعياً أو المدرجة بوصية باطلة شكلاً : اذا نفذها الوارث فلا رجوع له لانه نفذ التزاماً طبيعياً ^(٤)

(٣) الالتزامات المدنية الموجودة في الحقيقة ولكنها معطلة بدفع. والدفع ^(٥) المعطلة لهذه الالتزامات المدنية الحقيقية هي مضي المدة واليمين وقوة الشيء المحكوم فيه فالدفع بسقوط الحق بالتقادم يقضى على حق الدائن اذا دفع به ^(٦) ولكنه مع القضاء عليه فان هذا الحق اذا لم يدفع يترك في ذمة المدين مع ذلك حقاً طبيعياً وكذلك الحال في اليمين الحاسمة اذا أعوز الدائن الدليل وطلب الى مدينه اليمين فخلعها هذا الاخير كذبا ^(٧) والحال كذلك في الدفع بقوة الشيء المحكوم فيه فيما اذا رفع الدائن الدعوى فهاجأه مدينه بهذا الدفع . فاذا أجاب المدين في هذه الاحوال الثلاث نداء ضميره واعترف بالدين ودفعه كان اعترافه ودينه صحيحين

(٤) الفيلس : فيما اذا حصل على صلح مع دائنيه ^(٨) بتنازل هؤلاء عن جزء من ديونهم ^(٩) فانه مع ذلك يبقى ملتزماً التزاماً طبيعياً بما حصل التنازل عنه ^(١٠)

(٥) **حالة اللعب والمراهنة** ^(١١) : قررت المادة ١٩٦٥ مدني فرنسي ما يأتي : « لا يقرر القانون أي دعوى للطالبة بدين في لعب أول للطالبة بدين في مراهنة. » ثم قررت المادة ١٩٦٦ فرنسي ما يأتي « ويستثنى مما تقدم الاعاب الخاصة بالسلاح والجري على الاقدام أو بانجيل والجري بالعربات واللعب بالصولجان . وكذلك الاعاب الاخرى المشابهة لهذه والخاصة بمهارة الجسم ورياضته . — ويجوز للحكمة مع ذلك الحكم برفض الدعوي اذا وجدت مبلغ الدين مبالغاً فيه : » . ثم قررت المادة ١٩٦٧ فرنسي ما يأتي : « وفي أي حال من الاحوال لا يجوز لمن خسر استرداد ما دفعه بلزادته

(١) dette d'honneur (٢) obligation illicite س. ٩٠، ٢، ٩٧ (٣) د' ٩٥، ٣٤٦، ١ س. ١١، ١، ٩٦، ١ د' ٣٦٣، ٢، ٩٠٨ س. ٩٠، ٢، ٢٢ (٤) د' ٩٥، ١، ٤٧ س. ٢٨، ١، ٩٠٥، ٢٨ exceptions (٥) (٦) لأنه لا يجوز لقاضي أن يدين به من تلقاء نفسه : المادة ٢٢٢٣ مدني فرنسي وهي قاعدة علمه (٧) parjurer (٨) con- (٩) quote-part (١٠) د' ٩٠، ١، ٢٠٠ س. ٩٠، ١، ٣٣٧، ١٢٢ jeu (١١) pari

الا اذا حصل غش أو خداع أو نصب من جانب القى كسب» وهذه للواد الثلاث
تقرر قواعد عامة يجب الأخذ بها ولو أنها لم يرد لها مثيل في القانون للصرى الاهلى
والمختلط. وقد ذكر دى هلس^(١) دين للراهنة واللمب ضمن الالتزامات الطبيعية
وقد لاحظ الشارحون^(٢) أن الحظر في استرداد ما دفع في اللعب والراهنة لم يخرج
عن كونه تطبيقاً للمادة ١٢٢٥ قرة ٢ القائمة بأنه لا يجوز استرداد ما دفع في التزام
طبيعى. وقال بعض الشارحين بأن اللعب هو عمل مخجل لا يجوز الاستناد اليه أمام القضاء
كسبب للالتزام أو كدعاء للاسترداد. ويرى كولين وكابنان أن هذا التفسير غير صحيح
لان هذا القول لا يتفق مع الواقع اذ هو يجعل القانون^(٣) يمارض مع الشعور العام
الممثل في هذا المثل العام «دين اللعب دين الشرف»^(٤) ويرى هذان المؤلفان أن الاصح
هو القول بأن الشارع لم يرد تقرير جزاء اللعب أو للراهنة بل ترك الامر الى من خسر
ليفصل فيه طبقا لما يوحى اليه ضميره وذمته. وقالان إن بوتيه نفسه أكد وجود الالتزام
الطبيعى في هذه الحالة. قال بوتيه: «ان القانون يحرم العقد من التنفيذ خارجا
ولكن المقدم مع كونه مخالفا للقانون فانه موجود. وطالما أنه لم يحتو على ما يمس العدل
بأحد الباقيدين قبل الآخر فانه ملزم للمدين من حيث الذمة والضير»^(٥)

٦ (الالتزام بتقديم «الدوط» للاولاد دين طبيعى في القانون الفرنسى وليس
لدى الاولاد دعوى يستطيعون بها تنفيذ هذا الالتزام)^(٥)

٧ (قررت المادة ١٩٠٦ مدنى فرنسى ما يأتى: «اذا دفع المدين فوائد لم يكن
متقاً عليها من قبل فلا يجوز له استردادها ولا خصمها من أصل رأس المال.»
وقال الشارحون في شرح هذه المادة بأن دفع الفوائد من قبل المدين مع عدم النص
عليها بسند الدين قرينة على سبق اتفاق على هذه القوائد، والدائن ملزم بإثبات هذا
الاتفاق، ولكنه لا يستطيع لعدم وجود دليل لديه^(٦) والافضل أن يفسر هذا
هذا النص بما قرره كولين وكابنان^(٧) وهو أن القوائد المدفوعة الى الدائن هى مقابل

(١) ج ٣ ص ١١٥ ن ٥ (٢) كولين وكابنان ج ٢ ص ٦٩ (٣) droit (٤) dette

de jeu dette d'honneur (٥) راجع مع ذلك نيتة ٢٤٢ (٦) ٢٠٤.١٠٩٠٣.د -

ص ٥٩٠.١٠٩٠٧ (٧) ج ٢ ص ٦٩

الخدمة التي قلم بها الدائن نحو مدينه ولذا يرى للمدين نفسه مضطراً الى دفعها بما يوحى اليه ضميره رغم عدم النص عليها بالمقد . وهذا التفسير وجيه . ولذا تعتبر المادة الفرنسية هذه مقررّة لقاعدة عامة يجب الاخذ بها اذا رجعنا في تفسيرها الى ما قال به كولين وكابتان

هذه هي الحالات التي قررها رجال الفقه فيما يتعلق بنظرية الالتزامات الطبيعية . ويلاحظ أن من بينها ما هو نظري أكثر منه عملي . اذ ليس من الهين على المدين أن ينساق وراء ضميره فيدفع ديناً بعد أن نجح في دفع الدعوى للوجه قبله بالدفع الخاصة باليمين ومضى المدة وقوة الشيء المحكوم فيه . ولكن الحالة العملية الجارية الآن هي الحالة الخاصة بالفلس الذي تصالح مع دائنيه على أن يدفع لهم جزءاً دون الباقي فاذا دفع الباقي بمحض اختياره ورغبته فليس له استرداده وقد يكون الباعث له على الدفع أن لا يستطيع قانوناً أن يسترجع اعتباره^(١) الا اذا دفع جميع ديونه (١٦/٤٠٨ تجاري)

٢ - مذهب القضاء في تعيين حالات الالتزام الطبيعي

٣٧٥ - لقد توسع القضاء كثيراً في الاخذ بنظرية الالتزامات الطبيعية وناصره فيها بعض رجال الفقه أخيراً . ويقرر القضاء الحاضر بأنه « يعتبر بأن هناك التزاماً طبيعياً في جميع الاحوال التي يلتزم فيها شخص قبل آخر أو يدفع له مبلغاً من المال دون أن يكون مدفوعاً في ذلك كله بنية التبرع بل يكون مسوقاً بواجب الذمة والشرف » وبهذا التعريف اتسع مجال الاخذ بنظرية الالتزامات الطبيعية . واليك بعض الامثلة العملية التي قرر فيها القضاء تلك النظرية الهامة :

(١) الالتزام بالنفقة نحو الولد الطبيعي^(٢) غير المعترف به : إذا لم يعترف الاب بابنه هذا فانه ملزم التزاماً أدبياً بأن يؤدي له ما ينفي بحاجاته وهذا الالتزام واجب ضميري يمكن أن يستحيل الى التزام مدني في شكل تعهد الى الام أو الى الولد بدفع مبلغ للقيام بشئون الولد . وأما السبب في هذا التعهد أو في الوفاء به فانه لم يكن رابطة

(٢) الالتزام باصطلاح الضرر الناشئ عن استهواء البنات بالحرمة :
يراد باستهواء البنات من طريق الخدعة والكذب^(٣) هو الاحتيال عليهن في قضاء ما رُب خاصة والاستمانة على ذلك بالوعد الكاذبة وعلى الاخص الوعد بالزواج. والاستهواء البسيط ، أى الاستهواء المجرد عن وسائل التهديد وعن استعمال السلطة في غير موضعها^(٤) وعن الوعد بالزواج ، لا يصلح في ذاته لان يكون مدعاة للمطالبة قانوناً بتعويض ، إلا أن القضاء الفرنسي يقرر بأن هذا النوع من الاستهواء وهو الاستهواء البسيط يكون في ذاته التزاماً طبيعياً ناشئاً عما يوحى به واجب الضمير ونزعة الشرف ، تلزم به ذمة المستهوى وأنه يجوز أن ينقلب هذا الالتزام الطبيعي الى التزام مدنى صحيح بفعل المستهوى نفسه^(٥)

هذا وقد ذهب القضاء الفرنسي الى أبعد من ذلك اذ قرر بان الوعد^(٥) الصادر من الرجل في الوقت الذي يقطع فيه رابطة الصلة بمحظيته^(٦) ، وهو الوعد الذي يربى به الى أن يضمن لها حاجاتها للعاشية من مأكل ومشرب ومسكن ، هو اعتراف بالتزام طبيعى^(٧)

(٣) الالتزام بالنفقة لمقارب الأقربين والانسياق: هذا الالتزام بالنفقة هو التزام بدين طبعي في حالة ما اذا لم يقرره القانون على سبيل الالتزام^(٤) ومسائل النفقة ترجع للشريعة الاسلامية ولشريعة كل طائفة من الطوائف الاخرى. وكل شريعة تقرر النفقة بطرق خاصة. ورغم تحرير النفقة بالشريعة الاسلامية وبالشرائع

— ۴۳۹۶۲۰۶۱ د (۴) abus d'autorité (۳) séduction (۲) adultérin (۱)
 promesse (۵) ۳۰۰ ص ۱ و ج ۷۰ - ۷۰ کولین و کابین ج ۷ ص ۱۴۱، ۲۰، ۹۸،
 concubinage (۶) ۳۰۵، ۲۴۹۰۵ د (۷) « Planiol » ۳۰۵، ۲۴۹۰۵ د (۷) « Hemard » ۲۴۱، ۲۰، ۹۰۷
 دی هلی ج ۳ ص ۱۱۵ ن ۵

الآخري فإن القانون المصري رأى أن يقرها من طريق الالتزام بالمواد ١٥٥/٢١٧ و ٢١٨/١٥٦ مدني لا باعتبارها تابعة لقانون الاحوال الشخصية بل كالتزامات يوجبها القانون نفسه^(١)

٤) يعتبر التزاما طبيعيا التعويض المدفوع بمحض الارادة في مقابل ما نزل بالغير من الضرر في الوقت الذي لا توجد فيه دعوى تبنيح المطالبة بهذا التعويض^(٢)

٥) المهبة بمقابل . كلمته التي يهبها المريض لطبيبه الذي أنقذه من المرض. مثل هذه المهبة تعتبر في بعض الاحيان وفاة بالتزام طبيعي

هذه هي الاحوال التي قرر فيها القضاء وجود التزام طبيعي . فإذا اعترف المدين بهذا الالتزام بصك على نفسه أو دفعه بمحض ارادته استحال الالتزام الطبيعي هذا الى التزام مدني صحيح لا يجوز معه للمدين الفرار مدنياً من الصك المأخوذ عليه أو استرداد ما دفعه

ومن الاحوال العديدة التي قرر فيها القضاء وجود الالتزام الطبيعي نرى انه قد توسع توسعاً مقبولاً وقرر صحة عدد غير قليل من التعهد بالوفاء على صور مختلفة كانت من قبل محلًا للظن وكانت غير ملزمة

ومن الصعوبات التي كانت تعوق القضاء في سبيل تقرير الالتزام الطبيعي معرفة ما اذا كان التعهد بهذا الالتزام الثابت بسند عرفي مما يجب الحكم ببطالانه لانه هبة بمقد عرفي والهبة باطله اذا لم تكن ثابتة بمقد رسمي طبقاً للمادة ٤٨/٧٠ مدني و ٩٣١ فرنسي . ولكن القضاء لم يتردد البتة في اعتبار هذا السند العرفي خاصاً بواجب ضميري أي واجب يقضى به الضمير وتلزم به الذمة . بمعنى أن السند العرفي لا يحتوي على تبرع أو هبة بل هو مقرر لدين سابق ولكنه دين معطل : وهذه هي حالة من الاحوال التي تعتبر استثناء لرسمية عقود المهبة

٣٧٦ - وما مر يرى ان القضاء في الوقت الحاضر وفي توسعة في الاخذ بنظرية الالتزامات الطبيعية قد عمل على التحرر والافلات من بعض القيود التي قررها

(١) استئناف ١٩ فبراير سنة ١٩٢٣ الحملة مجلد ٣ ص ٢٩٨ رقم ٣٣٧ (٢) د ٩٢ ، ١ ٢٣٤ ، ١ - س ١٢٩٤ ، ١٩٥٠ ومقال بالدييه Baileydier (٣) donations rémunérées

الرومان وشارحو اقامون الفرنسى قبل سنة ١٨٠٤ وهى القيود التى قيدوا بها هذه النظرية وحصروها بها فى منطقة معينة . وربما أتى يوم قلت فيه هذه النظرية من كل قيد افلاتا تاما وقد أخذت النظرية فى هذه الايام تمتزج كل الامتزاج بواجب الضمير^(١) أى أن القانون^(٢) قد أخذ يتوسع فى مجالاته العملية وبدأ بالفعل وفى الواقع يأخذ من الآداب والاخلاق مبادئه يدغمها فيه ويقرر لها جزآت ويطبمها بطابع الالتزام . وأصبحت الواجبات التى توحى بها الضمائر وتحميها الدم من الوجهة الاخلاقية البحتة واجبات يبنى بها القانون . وما ذلك كله الا أثر من آثار تقدم المدنية كما لاحظ ذلك بحق كولين وكابتان^(٣) ولقد أصاب القانون للمصرى فى أن أتى بعبارة « واجب لم يقره القانون »^(٤) اذ جعل بذلك باب الالتزام الطبيعى مفتوحاً على مصراعيه بحيث يلتئم هذا التعبير مع النهضة التى قام بها القضاء الفرنسى من التوسع فى الاخذ بهذه النظرية .

٥) فى آثار الالتزام الطبيعى

٢٧٧ - للالتزام الطبيعى نتائج تتعلق إما بالوفاء الارادى وإما بالوعد بالوفاء

١ - الالتزام الطبيعى والوفاء الارادى

٤٧٨ - اذا حصل الوفاء فى الالتزام الطبيعى بمحض ارادة المدين اعتبر

الوفاء صحيحاً لا يجوز استرداده (المادة ١٤٧/٢٠٨ مدنى و ١٢٣٥ فرنسى)^(٥)

فما هو المراد حينئذ بمحض الارادة ؟ وما هى علاقة الالتزام الطبيعى بنظرية استرداد المدفوع عن غلط ؟

(١) الوفاء الارادى أو الاختيارى^(٦) : يراد به الوفاء الذى حصل من

المدين بمحض رغبته و ارادته دون أن يكون مكرها عليه بالوسائل القانونية . و شرط الارادة فى الوفاء هو شرط عصرى لم يكن مقولاً به عند الرومان . وقال به بوتيه . ويقول كولين وكابتان^(٧) بأن كلمة الارادة^(٨) الواردة بالمادة ١٢٣٥ فرنسى لا تقتح

(١) devoir non (٢) Droit (٣) ج ٢ س ٧١ (٤) devoir de conscience

(٥) sanctionné par la loi ج ٢٤ س ٢٢٧ ن ٣٠١٥ و ٣٠١٦ (٦) paiement

volontaire (٧) ج ٢ س ٧١ و ٧٢ (٨) volontairement

بجبالا للابهام وهى بمعنى الشعور بالدفع والعلم به ^(١) أو العلم بان الوفاء هو عن التزام طبيعى ^(٢) ويقولان بأنه اذا حصل الوفاء على عكس ذلك أي حصل من طريق النلط ^(٣) أى حالة كون الذى يدفع ^(٤) لا يعلم بأنه يدفع ديناً طبيعياً فإنه يجوز له في هذه الحالة أن يسترد ما دفعه من المدفوع اليه ^(٥). وقال بذلك أيضاً «دى هلس» ^(٦)

٣٧٩ - وأما لا نستطيع بحجارة هؤلاء المؤلفين الثلاثة فيما قرروه لاعتبارات موضوعية وقانونية . والقانونية إما أن ترجع للقانون الحالى المسطور من مصرى وفرنسى وإما الى القوانين الاجنبية

أولاً : لاعتبارات الموضوعية : من التتعذر بل يكاد يكون من المستحيل معرفة الفارق بين من يدفع ديناً طبيعياً وهو لا يعلم بأنه يدفع ديناً طبيعياً ، وبين من يدفع هذا الدين وهو يعلم أنه يدفعه كذلك . اذ لا يتخلو الحال مما أتى :

(١) اما أن يدفع غلطاً ظناً منه بأنه مدين بدين مدنى (وهو في الحقيقة لم يكن مدينياً لا بدين مدنى ولا بدين طبيعى) . في هذه الحالة له الاسترداد

(٢) وأما أن يدفع وهو يعلم بأنه غير مدين لا بدين مدنى ولا بدين طبيعى . في هذه الحالة ليس له الاسترداد ويعتبر متبرعاً لانه لم يدفع عن غلط

(٣) وأما أن يدفع وهو يعلم بأنه مدين بدين مدنى أو طبيعى : في هذه الحالة ليس له الاسترداد لانه وفي بدين ملتزم به مدينياً أو طبيعياً

(٤) وأما أن يدفع ديناً طبيعياً وهو يظن خطأ أنه يدفع ديناً مدينياً . في هذه الحالة يقول المؤلفون الثلاثة بأنه يجوز له الاسترداد لانه دفع عن غلط ويلحقون هذه الحالة بالحالة الاولى وهذا هو ما نخالفهم فيه

اذ من المستحيل في هذه الحالة الاخيرة الوقوف على حقيقة هذا الغلط أى تقدير الحالة النفسانية التى يكون عليها الدافع وقت الدفع وان كان من التعذر تقدير الحالة النفسية في هذه الحالة فان التعذر هذا يقل اذا ظهرت له أمارات خارجية تتم عليه . والدفع من قبل الدافع يتم على الاكثر على الرغبة في الوفاء الارادى باعتبار انه من

(١) sciement (٢) connaissance de cause (٣) erreur (٤) solvens

(٥) accipiens (٦) ج ٣ ص ١١٥

القروض عليه أن يعلم بأن الالتزام الطبيعي غير ملزم إذا لم يعترف به . ولذا يحمل الدافع بسبب الاثبات وهو مستحيل عليه اذ كيف يثبت بأنه ظن خطأ أن الالتزام الطبيعي لا يكره فيه المدين على الوفاء . وما السبيل الى اثبات هذه الحالة النفسانية الداخلية وللندجة في روح الانسان وقد تم العمل الخارجى وهو الدفع على ما ينقضها ومتى تقرر أن الاعمال الخارجية مظاهر تنعكس فيها حركات النفس وجب على ذلك اعتبار أن الدفع اماراة على الرضاء بدفع دين طبيعي

ثانيا : الاعتبارات القانونية : ترجع هذه الاعتبارات اما الى المبادئ القانونية العامة واما الى القانون نفسه المسطور واما الى الشرائع الاجنبية

١ - 'المبادئ' القانونية العامة : يدعى الدافع وقت الدفع بأنه كان

يظن خطأ بأنه ملتزم بدين مدنى فدفعه على هذا الاعتبار وان الحقيقة على خلاف ما يعتمد اذ الدين دين طبيعي . في هذه الحالة لا يمدد للمدين لان غلطه غلط في معرفة القانون أى جهل بالقانون اذ من الواجب عليه قانونا أن يميز بين الالتزام الدنى والالتزام الطبيعى والتمييز هذا بين الاثنين يفرضه القانون على كل فرد باعتباره أنه لا يجوز للانسان أن يدعى جهله بالقانون (المادة ٢ من لائحة انشاء المحاكم الاهلية) ومتى كان الغلط هذا غلطاً قانونياً^(١) فلا يعذر فيه صاحبه مطلقاً لان العذر في الغلط جائز اذا كان الغلط خاصاً بواقعة من الوقائع^(٢)

٢ 'القانون' نفسه : تقرر 'المادة' ١٤٥/٢٠٦ مدنى و١٢٤٥ فرنسى بأن استرداد

المدفوع جائز اذا كان المدفوع غير مستحق بالذمة والسبب في جواز الاسترداد أو مشروعيته هو أن للدفع أصبح بلا سبب لذا يجب استرداده . فاذا تبين أن هناك سبباً للدفع فلا يعتبر المدفوع منسحباً . وفي الالتزام الطبيعي لاحظنا أنه مسبوق بسبب ولذا سمى التزاماً . ومشروعيته من وقت الرومان عند ما قرروه لأول مرة في تعاقد العييد مع الغير أنه مسبوق بسبب وان أساسه العدالة حتى لا يزيد مال الفرد الا بتقوى ما يخرج منه ، ولولا السبب ، وهو سبق خدمة أدت من الدائن لمدينه لا اعتبر العمل تبرعاً . والفرق بين الالتزام الطبيعى

وال تبرع المدفوع خطأ أن النية في التجاوز ظاهرة في التبرع ونية التجاوز هي علة الحبة أو سبب التبرع . - وفي المدفوع خطأ أصبح المدفوع بلا سبب لأنه لم يسبقه عمل اداء الدائن للمدين ولم يشفع بنية التجاوز أى التبرع . واما الالتزام الطبيعي فهو لا يعتبر من المدفوع خطأ ولا تبرعا بل هو التزام في علق المدين مقابل ما اداء له الغير . فالوفاء به حينئذ وفاء عن دين مستحق ولكنه دين معطل لذا لا تسرى عليه مطلقا المادة ٢٠٦/١٤٥ مدنى ١٢٤٥ فرنسى . ولعلنا لم ننس بعد ما قرره نفس بوتيه فى أن فى الالتزامين المدنى والطبيعى رابطة قانونية تربط طرفى الالتزام . والفرق بينهما أن الرابطة فى الالتزام المدنى حماها القانون بأداة الدعوى وفى الثانى لم يحمها بل ترك الامر لذمة المدين وضميره . وبذلك نخرج الى هذه الخلاصة وهو أن المدين بدين طبيعى اذا وفى بدينه فانما يوفى بدين فى عتقه ملتزم به وليس له مطلقا الادعاء بفسط وقع منه لان الذى وفى به هو مقابل ما استفاده هو من قبل الغير وحينئذ ليس له استرداد ما دفعه

٣ - القوانين الاجنبية : يجرى القانون الايطالى فى نظرية الالتزامات

الطبيعية على ما قرره أى لا يصح فيه الرد مطلقا ما دام قد وفى المدين بدينه وما دام الدفع من قبل المدين كان من تلقاء نفسه ^(١) دون أن يشوب رضاه اكره أو غش حتى ولو دفع من طريق الغاظ ^(٢) . نعم وان كانت ايطاليا هي البلد الذى حافظ على التقاليد الرومانية فحافظ على هذا المبدأ الذى قال به الرومان من جهة الدفع فى الالتزام الطبيعى دون التقيد بشرط محض لإرادة الدافع ، الا أن هذا الرأى تقضى به أيضا الاخلاق والآداب كما يلاحظ ذلك بحق كولين وكابنان ^(٣)

هذا ونلاحظ أن كلمة « انما » ^(٤) التى ابتدأت بها المادة ١٤٧/٢٠٨ مدنى (هى المادة المقررة للالتزام الطبيعى) لا عمل لها لانها لا تنفذ أن هذه المادة انما هي استمدراك للمادة ١٤٥/٢٠٦ مدنى التى قررت جواز استرداد المدفوع خطأ . لان لالتزام الطبيعى كما ذكرنا وكما قرره بوتيه هو التزام صحيح قانونا ولكنه معطل

(١) spontané (٢) انظر مجلة Rev. trim. de Droit civil سنة ١٩٠٤ ص ٦٧

(٣) ج ٢ ص ٧٢ (٤) néanmoins

ويلاحظ أيضا في ارتباط المادة ١٤٧ / ٢٠٨ مدنى بالمادة ١٤٥ / ٢٠٦ مدنى ان الثانية لا محل لها مع وجود الاولى لان استرداد المدفوع لا يكون الا اذا حصل الدفع عن غلط كما قررت ذلك المادة ١٣٧٧ مدنى فرنسى (وهي قاعدة عامة في نظرية استرداد المدفوع خطأ) أما اذا حصل الدفع والدافع ^(١) يعلم ^(٢) بأنه يدفع الى المدفوع اليه ^(٣) ما لم يكن مكرها بالقانون على دفعه (كالدين الطبيعى مثلا) فان القانون يؤكد في هذه الحالة بمتضى المادة ١٤٥ / ٢٠٦ مدنى والمادة ١٢٣٥ فرنسى (من طريق الدليل العكسى ^(٤)) ان لهذا الدفع سببا ^(٥) معلوما لدى الدائن سواء كان هذا السبب هو خدمة أداها الدائن للمدين مهما كان نوع الخدمة مالية كانت أو غير مالية ، أم كان السبب مجرد التجاوز أى التبرع . وإذا كان الامر كذلك فما كان الشارع في حاجة الى وضع المادة ١٤٧ / ٢٠٨ مدنى و١٣٧٧ فرنسى

ولكن يرد على هذه الملاحظة ان المادة ١٤٧ / ٢٠٨ مدنى التى أشارت الى الالتزام الطبيعى (كما أشارت اليه أيضا المادة ١٢٣٥ بقراره ٢ فرنسى) أرادت تقرير صحة الوفاء فى حالة الالتزام الطبيعى باعتبار أن الوفاء فى هذه الحالة هو وفاء صحيح قانونى وأن الموفى هو مدين بالمعنى القانونى وأن الموفى اليه هو دائن بالمعنى القانونى أيضا : وبناء على ذلك نقلت عملية الدفع هذه من شروط الهبة ورسميتها ^(٦) أى ان المدفوع اليه ^(٧) هو خلف بموضع ^(٨) للدافع ^(٩)

قلنا ان للالتزام الطبيعى سببا لدى المدين سواء كان هذا السبب خدمة أداها الدائن للمدين مالية كانت أو غير مالية ، أم كان السبب التجاوز أى التبرع ولكن نلاحظ فى هذه الحالة الاخيرة أن التجاوز أى التبرع ليس غالبا فى الالتزام الطبيعى بل هو النادر فيه جدا كالاتزام الطبيعى بتقديم « الدوط » لاولاد الاسرة . وربما لوحظ ذلك أيضا فى الهبة بمقابل ^(١٠) نظير الخدمة التى أداها الدائن . لأن المدين فى وفائه انما هو مسوق بنية التبرع ^(١١) وفى ذلك يعتبر المدفوع اليه كموهب اليه .

(١) solvens (٢) sciement (٣) accipiens (٤) a contrario
(٥) cause (٦) كولبن وكاتبان ج ٢ ص ٧٢ (٧) accipiens (٨) ayant cause
(٩) solvens (١٠) donation rémunératoire (١١) animus donandi à titre onéreux

ولكن مع هذا كله لا يعتبر هذا الدفع هبة بالمعنى الدقيق أى خاضعا لقيود الرسمية القانونية بل يعتبر التزاما ضميريا أو واجبا ضميريا يصح الوفاء فيه ولا يجوز استرداده

٢ — الوعد بالوفاء

هذا هو الأثر الثاني للالتزام الطبيعي وهو حجة الوعد بالوفاء أى إذا وعد بالوفاء في الالتزام الطبيعي أصبح الواعد ملتزماً به قانوناً أمام دائئه بطريقة قاطعة أى يصبح مدينأً بدين مدنى^(١) لأن الوعد بالوفاء هذا يرجع في سببه الى الالتزام الطبيعي. فإذا وقع الالتزام الطبيعي صحيحاً من حيث شروط العقد المشروطة لكل عقد أو لم تشبهه في الأصل شائبة ما من عيوب الرضاء أو مما يمس النظام العام صح الوعد^(٢). وقرر القضاء الفرنسى أكثر من مرة الأخذ بهذا الرأى واعتبار الالتزام الطبيعي سببا مشروعاً^(٣) للوعد بالوفاء أى للالتزام المدنى. ولأجل أن يكون الالتزام المدنى الناشئ عن الالتزام الطبيعي صحيحاً ومنتهجاً يجب أن تكون نية الملتزم صريحة بالالتزام أى أنه أراد الالتزام فلا : أما إذا كانت عبارة الوعد بالوفاء لم تخرج عن كونها مجرد الاقرار بوجود الدين الطبيعي دون التعهد بالوفاء فلا يعتبر ذلك التزاماً بالوفاء. وقد فصل القضاء الفرنسى في هذه الحالة لمناسبة المفلس للتصالح مع دائئيه^(٤) عند ما يتعهد لدائئيه بأنه يدفع لهم ديونهم كاملة عند تحسن أحواله وزوال عسره. وهنا كان القضاء يقضى تبعاً لظروف الدعوى إما باعتبار التعهد هذا مجرد اقرار بوجوب التزام طبيعى وإما أنه التزام بالمعنى الصحيح أى أراد المدين أن يلتزم مدينأً بدفع ديونه كاملة إذا عاد اليه اليسر وأن هذا التعهد كان شرطاً ضمنياً في تصالح المدين مع دائئيه^(٥).

٣٨١ — فى التعديل القانونى لصحة التعهد بالوفاء منه الوجهه الشكليه

يقول بعض الشارحين بأن السبب في صحة التعهد بالوفاء هو لأن الالتزام الطبيعي استحال الى التزام مدنى بواسطة الاستبدال^(٦). ولكن يلاحظ على هذا الرأى أن القضاء لم يأت مطلقاً بعبارة تشير الى الاستبدال بل قرر بصحة الوعد باعتبار أن

(١) ١٧ يناير سنة ١٩١٨، ١٦٢، ٣٠٠، ج ٣ ص ٣٥٩، ٣٧٤٠ (٢) دى هلس ج ٣ ص ١١٥ ن ٧. — كولين وكايتان ج ٢ ص ٧٣ (٣) cause licite (٤) failli con- concordat (٥) cordataire (٦) novation ٣٤٠، ٢٠٩٠٣، س ٤٧١، ٢٠٩٠٢

الالتزام الطبيعي هو السبب للشروع للوعد كما رأينا . ويظهر أن رأى القضاء أصح قانوناً من رأى الفقه لانه من المقرض في الاستبدال حصول تغيير في الالتزام الاول بمعنى أن الالتزام الاول يزول ويحل محله التزام آخر يختلف عنه إما في الأشخاص^(١) أو في موضوع الالتزام^(٢) أو في صورته^(٣) التي يظهر فيها . وقد رأينا هنا أن الوعد بالوفاء لم يحدث أى تغيير بأركان الالتزام الطبيعي وعلى ذلك فلا محل للقول بوجود استبدال . انما يقال بأن هناك تأكيداً^(٤) لالتزام سابق وما كان التأكيد لعقد قابل للبطلان منشئاً لعقد جديد فوق اقراض العقد الأول .

٣٨٢ - هذا وهناك استثناء هام لما قرره وذلك أن القضاء الفرنسى قرر بأن الكيبيالات المأخوذة على الدين باقراره بدين فى لعب أو فى مراهنه لا تمتنع للمدين الوقع عليها بأن يدفع دعوى الدائن للرفوعة عليه بالدفع الخاص باللعب والمراهنة^(٥) ولكن لا يجوز له التمسك بهذا الدفع فيها اذا رفعت عليه الدعوى من حامل الكيبيالات اذا كان من الغير وسلم النية^(٦) والسبب فى ذلك أن القانون لا يميل الى النزاع أمام القضاء فيما يتعلق بدين فى لعب أو مراهنة

(٣) الالتزام الطبيعي والدفع الموضوعي الدائم

٣٨٣ - رأينا هذه النتائج القانونية للالتزام الطبيعي فى الوقت الحاضر . وأما ما عدا ذلك من النتائج الرومانية فانه لا يؤخذ بها الآن . اذا لا يجوز الاخذ بالالتزام الطبيعي فى حالة القاصة مع التزام مدنى ، والا كان ذلك مدعاه الى جعل الالتزام الطبيعي فى مرتبة واحدة مع الالتزام للمدنى من حيث أثر الالتزام أو الاثر الازامى^(٧) ولكن ربما ترددنا بحق فى الاخذ بهذا المذهب القول به فقها وقضاء . ذلك لان هذه الحالة تتعلق بالقاعدة الرومانية القائلة « بأن الدعاوى مؤقتة وأما الدفع فدائمة »^(٨) ويراد بهذه القاعدة أن الدعاوى تسقط بمضى الزمن أى التقادم . وأما الدفع فلا تسقط لانها أداة دفاع لصد هجمة المدعى . مثلاً يلاحظ فى القانون التجارى أن دعوى

(١) personnes (٢) objet (٣) modalités (٤) confirmation (٥) exception de jeu ou de pari (٦) ٢٥٨٠١٧٠٠٠ (٧) effet obligatoire (٨) Quae temporalia sunt ad agendum perpetua sunt excipiendum
sunt temporaires, 'es exceptions perpétuelles.

المرسل اليه بشأن تلف أو تأخير أوضاع الطرد قبل أمين النقل تسقط بمضى ١٨٠ يوما أو بمضى سنة كاملة ، وأن دعوى أمين النقل قبل المرسل اليه لا تسقط بهذه المدة بل تسقط بالمدة المعتادة وهي ١٥ سنة . فإذا سقط حق المرسل اليه في المطالبة بالتقادم وقام أمين النقل وطالبه بحقه هو قبله قبل التقادم انحصار به ، فهل يجوز للمرسل اليه دفع الدعوى بما كان له من الحق الذي سقط بالزمن ؟ أى هل يجوز له ، والدين بذمة أمين النقل قد أصبح ديناً طبيعياً ، أن يدفع الدعوى بالمقاصة بين الدين الطبيعي المقرر له بذمة أمين النقل ، وبين الدين المدني المقرر بذمته للأمين ؟ أجاب الفقه التجاري بالإيجاب ، وحجته العدالة ، والرجوع الى القاعدة الرومانية المذكورة ^(١) وإذا اقتصرت هذه القاعدة تجارياً فليس هناك ما يمنع تهريبها مدنياً لأن العدالة واحدة في الاثنين

٤ - الالتزام الطبيعي والكفالة

٣٨٤ - ولا يصلح الالتزام الطبيعي لأن يكون مكفولاً بكفالة ، ذلك لأن الكفالة هي تعهد الكفيل بالوفاء بالدين عند عدم قيام المكفول به (المادة ٤٩٥/٤٠٤ مدنى و ٢٠١١ فرنسى) أى ان المكفول ملزم قانوناً بالوفاء أصلاً . وهذا غير صحيح في الالتزام الطبيعي لأن المدين به ليس ملزماً بالوفاء من طريق الاكراه القانونى بمعنى أن الكفالة لا تصح في دين الا اذا كان هذا الدين صحيحاً وناظراً ^(٢) (المادة ٢٠١٢ مدنى فرنسى) فإذا كان الدين الاصل صحيحاً وغير نافذ كالدين الطبيعي أو كان الدين غير صحيح بالمرّة فلا تصح الكفالة . لكن المادة المصرية ٤٩٦/٦٠٥ مدنى تقول في هذه الحالة في منازعتها للمادة ٢٠١٢ الفرنسية ، بأن « الكفالة باطلة ^(٣) اذا كان الدين المكفول به باطلاً ... » وتعبير القانون الفرنسى أدق في قوله « صحيحاً ^(٤) » لأنه يمكن به معرفة حكم الالتزام الطبيعى . إذ بهذا التعبير يدخل الدين الطبيعى تحت

(١) لاكور Lacour في القانون التجارى الطبعة الثانية سنة ١٩٢١ ج ١ ص ٦٠٣ ن ١٠٤٩ وقال بالعدالة القضاء الفرنسى أولاً : س. ١٠٨١ ، ٢٩٧ . وايده ايرى وروج ٢ الطبعة الخامسة ص ٥٢٩ . ثم قال القضاء الفرنسى بكس ذلك اخيراً Gaz. Trib. سنة ١٩٢٣ ، ٦١١ ، ٢٠ و Gaz. Pal. Rev. trim. dr. سنة ١٩٢٣ ، ٦٤٩ ، ٢٠ . وايده هنا جودى وتيسيه ن ٦١٢ . راجع في ذلك كله مجلة

حكم المادة الفرنسية باعتباره غير نافذ^(١) ويصعب ادخاله تحت حكم المادة المصرية لانه لا يستبر لاغيا^(٢) بل هو معطل النفاذ

. هذا وقد استدرجت كل من المادتين الفرنسية والمصرية حالة خاصة استثنتها من القاعدة العامة المقررة في صدرها . وهذه الحالة الخاصة هي جواز الكفالة عن دين باطل بسبب عدم أهلية المدين

ويظهر أن الشارع المصري ذكر عبارة الدين الباطل في صدر مادته حتى يجعله ملتصقا مع عجزها الخاص بالدين الباطل بسبب عدم الاهلية وفاته انه بذلك يضحى معاني حمة في سبيل الانسجام الشكلي

على أن النقاد الفرنسيين لاحظوا على المادة ٢٠١٢ فرنسي التناقض الظاهري بين صدرها وعجزها . ذلك أن المادة هذه تقرر بصدرها ما يأتي : « لا يمكن تقدير الكفالة الا عن دين صحيح نافذ » ثم جاءت وقررت بالفقرة الثانية منها ما يأتي : « ومع ذلك تجوز الكفالة عن التزام يجوز الحكم بالغائه بسبب دفع شخصي محض خاص بالالتزم كما في حالة عدم الاهلية مثلا » (وهذه الفقرة الثانية هي ما تؤيدها العبارة الثانية للمادة المصرية اذ قالت : « ما لم تكن الكفالة حاصلة بسبب عدم أهلية الدين » قال بعض شارحي القانون بشبهة التناقض بين هاتين الفقرتين اذ لم يلتفت الى أن التزام مفقود الاهلية ، طالما أن الائفاء لم يدفع به بمثابة دفع في دعوى أو لم يطلب بشكل دعوى - هذا الالتزام ليس التزاما طبيعيا بل هو التزام مدنى . لأن التزام مفقود الاهلية التزام مدنى صحيح نافذ لاحالة الى أن يحكم بطلانه . ولذا تجوز فيه الكفالة في هذه الحالة . ولكن ينقلب هذا الالتزام المدنى الى التزام طبيعى بعد الحكم بالغائه بدفع موضوعى على أثر التمسك بالغائه أو في دعوى طلب فيها الائفاء ، وفي هذه الحالة الاخيرة فقط لا تصح الكفالة فيه باعتباره التزاما طبيعيا

وكل ما تقدم يرجع الى هذه القاعدة وهي أن الكفالة لا تصح الا عن دين تجوز المطالبة به ، كدين مفقود الاهلية اذ تجوز المطالبة به ولكن يدفع فيه بالاطلاق

بسبب عدم الاهلية . وأما الدين الذى لا تجوز المطالبة به كالدين الطبيعى فلا تصح فيه الكفالة

٣٨٥ - ولكن الا نلاحظ على ذلك بان كل دين تجوز المطالبة به ، أى رفع دعوى عنه ، حتى الدين الطبيعى ، وأن جميع الديون تشترك في حالة جواز رفع الدعوى ولكنها تختلف وتختلف فقط في حالة الادلاء بالدفع فيها ؟ بمعنى أن الدعوى في كل جائزة والسكوت عن دفعها باحد الدفع المختلفة جائز (والدفع هو قوة الشيء المحكوم فيه واليمين الحامصة وعدم الاهلية والالتزام الطبيعى) فإذا لم يدنع المدعى عليه بهذه الدفع جاز الحكم بطلب المدعى ما دامت هذه الدفع ليست متعلقة بالنظام العام حتى كان يقال بوجوب الدفع بها من قبل القاضى ومن تلقاء نفسه

لذا نرى الفارق الصحيح ^(١) المميز للالتزام الطبيعى عن الالتزام القابل للإلغاء ^(٢) ليس في أن الاول محروم من أداة للمطالبة أى الدعوى ^(٣) وأن الثانى غير محروم منها ، أى ليس هو جواز المطالبة بدعوى ، بل هو في غير ذلك . ولكن ما هو هذا هو محل البحث والنظر

يقولون إن الفارق ان الدين الطبيعى ليس مزوداً من قبل القانون بدعوى . وان الدين الباطل أو القابل للبطالان على خلاف ذلك لانه مزود من القانون بدعوى ولكننا لا نرى فرقاً بين الدينين لا من الوجهة القانونية العلمية الحاضرة ولا من الوجهة العملية البحتة .

أما من الوجهة العلمية فان القوانين الحاضرة قضت على هذه القاعدة الرومانية القائلة بتعيين دعوى لكل حق . وأصبح الآن لكل ان يرفع دعوى . نعم وان وجدت الان أسماء مختلفة للدعاوى كدعوى وضع اليد ودعوى للملكية مثلاً واختلفت الدعاوى في مناهجها ومبائرهما القانونية ، فذلك يرجع الى تكييف الطلب الذى يطلبه المدعى . فإذا طلب وضع اليد رفع دعوى وضع اليد وإذا طلب الملكية رفع دعوى الملكية . ويجوز الآن رفع دعوى التنكيل والكيد بالغير ولا حرج على رافها من

رفعها . ولا يملك قاضى التحضير عدم تقديمها للمحكمة الفاصلة كما كان يملك ذلك القاضى للنصب من الحكومة عند الرومان (البريتور) فى الدور الاول للدعوى قبل تقرير ائالة الدعوى على القاضى العرفى ^(١) الذى يفصل فيها فى الدور الثانى لما وكما هو حاصل الآن على شكل خاص فى انكلترا ^(٢)

٣٨٦ - حينئذ ما هو هذا الفارق بين الدين الطبيعى والدين الباطل ؟ ان قيل بأنه يرجع لاصل تكوين كل منهما باعتبار أن الاول ينمو ويكبر فى جو الاخلاق والآداب ، أى أنه واجب أدبى ، وأن الثانى ينبت فى منابت القانون المحض أى واجب قانونى ، رددنا على ذلك بأن القضاء الفرنسى ، والمصري أيضا ، قرر بأن الوعد أو الاقرار بالالتزام الطبيعى يجعله فى الحال التزاما مدنيا . وأصبح الآن السند بالدين الطبيعى سندا بدين مدنى . وهل هناك فرق بعد ذلك بين سند مدنى أصلى وسند مدنى أصله التزام طبيعى ؟ أليس السندان سندين مدنيين نافذين بصرف النظر عن أصل أحدهما ، ألا نستطيع القول بأن الشبه كامل بين الاثنين باعتبار أن أصل السند المدنى الحر مجرد مشروع لا يلزم طرفيه الا اذا أقرأ به كتابة أو بغير كتابة ؟ وهو يشبه فى تكوينه هذا بالسند المدنى الذى كان أصله ديناً طبيعياً ، ولم يصبح سندا مدنيا الا بعد أن مر بدوره الاول وهو الدين الطبيعى ، وهو الدور الذى يشبه مشروع العقد قبل الاقرار به كتابة أو بغير كتابة ؟

واذا كان الفارق المميز ليس قائما لامن حيث المطالبة قضائيا ولا من حيث مبدأ تكوينه ، فأين يوجد حينئذ هذا الفارق ؟ الذى نقول به أن البحث فى هذا الفارق ؟ يجب الرجوع فيه الى أصله الرومانى البحث . واذا كان هذا الفارق مرفوعا عند الرومان لما كان جاريا عندهم من التفرقة بين الحر والعبد ، ثم من التوسع فى الاخذ به فى المجالات الاخرى العملية كحالة عديم الاهلية والقاصر الذى لم يبلغ الخامسة والعشرين ، قلنا ان كان ذلك معروفا عندهم لما اقتضته أنظمتهم الخاصة بهم فانه ليس من السهل مطلقا بل يكاد يكون من المستحيل الوقوف على هذا الفارق فى الوقت الحاضر وقد اختلفت النظم وتبدلت الحال ولذا نقول بأن التفرقة لفظة كلامية ترجع الى تاريخ التشريع الرومانى البحث

(١) Juxed (٢) فى حالة انكلترا راجع كتاب « جوسران Josseland » فى نظرية الاعتراف فى الحق

في انقضاء الالتزامات

في أسباب انقضاء الالتزامات

٣٨٧ - انقضاء الالتزام^(١) حادث ينتهي به دين المدين ويعود الطرفان طليقين من القيود القانونية كما كانا قبل الالتزام

ونصت المادة ١٥٨/٢٢١ مدني على أسباب الانقضاء اذ قلت : « تنقضي التعهدات بأحد الالوجه الآتية وهي الوفاء بالتعهد به وفسخ عقد التعهد وبراء التعهد مما تعهد به واستبدال التعهد بغيره والمقاصة واتحاد الذمة ومضي الزمن » وهذه الالوجه سبعة وذكرت المادة ١٢٣٤ فرنسي تسعة أوجه بان زادت على السبعة وجهين وهما قد قد الشيء أي قد موضوع الالتزام والالغاء أي انقضاء الالتزام . ويرى بعض الشارحين أن أوجه الانقضاء سبعة أي باستبعاد الالغاء^(٢) والفسخ^(٣) لأنه لا ينقضي^(٤) الالتزام بهما في الحقيقة بل هما يقضيان على الآثار التي ترتبت على العقد أي يمحوان من طريق الأثر الرجعي جميع نتائج العقد المترتبة عن وجوده أولاً

على أنه توجد هناك أوجه أخرى لانقضاء الالتزام : منها ما يلاحظ في العتود التابعة^(٥) مثل عقد الايجار ، وهي العقود التي تنشأ عنها التزامات يتبع بعضها البعض مدة زمن معين ، اذ تنقضي بحلول الزمن المتفق عليه بين المتعاقدين . ومنها أحوال يرجع في الانقضاء فيها الى موت أحد للمتاعدين كعقد الصانع للوقوف بشخصيته في عقد اجارة الاشخاص وكعقد الدائن في الرتب الميوى . وينقضي الالتزام أيضا بتبادل ارادة المتاعدين^(٦) اذا اتفقا على فسخ العقد^(٧) أو بإرادة أحدهما كما يحصل في عقد الشركة التي لم يمتين فيها وقت لانقضائها . وفي عقد الوكالة وفي عقد اجارة الاشخاص اذا لم يمتين زمن فيه^(٨)

(١) extinction (٢) nullité ou rescision (٣) résolution (٤) éteindre
(٥) contrats successifs (٦) consentement mutuel (mutuus dissensus)
(٧) résiliation (٨) انظر المواد ٤٤٥/٥٤٢ مدني و ١٨٦٩ فرنسي فيما يتعلق بالشركات.
و ٢٠٠٣ فرنسي فيما يتعلق بالوكالة . و ٤٩٢/٤٠٤ مدني و ١٧٨٠ فرنسي الخاصة باجارة الاشخاص

والآن نتكلم على أسباب انقضاء الالتزامات ماعدا الفسخ اذ سبق لنا القول فيه عند ما تكلمنا على نتائج العقود التبادلية

(١) في الوفاء

٣٨٨ - يراد بالوفاء^(١) ما يقوم به للدين ازاء مدينته في تنفيذ ما اشتملت به ذمته مسوا كان هذا الالتزام عن تسليم شيء أم دفع مبلغ أم اجراء عمل أم الامتناع عن عمل

والوفاء في ذاته عمل قانوني (بصرف النظر عن القيام للمادى باداء الدين وهي العملية المادية في تسليم الشيء) لا بد فيه من ارادة الدافع^(٢) و ارادة المدفوع اليه^(٣) أى للمستلم لان الاول يدفع بارادته والثاني يرضى بالوفاء و يرىء ذمة مدينته من التزامه والوفاء على نوعين : وفاء بسيط ووفاء مع الحلول

١ - في الوفاء البسيط

٣٨٩ - يراد بالوفاء البسيط^(٤) الوفاء الحاصل من المدين للدائن مباشرة دون تقييد خارجي . والسبب في الوفاء الالتزام السابق أى السبب في الانقضاء هو الالتزام . ولذا قررت المادة ١٢٣٥ فترة أولى فرنسي : « كل وفاء يفيد وجود دين . » فإذا دفع الدافع شيئاً ظاناً خطأ بأنه مدين جاز له استرداد ما وفي به وهو ما قرره المادة ١٢٣٥ فرنسي المذكورة في الفقرة ٢ : « وما دفع بلا التزام يجوز استرداده » ووجب على من استلم أن يردّه (المادة ١٤٥ / ٢٠٦ مدني) . وشرط الاسترداد أن يكون الدفع من طريق الغلط بمعنى انه اذا كان الدافع يعلم بأنه يدفع ديناً ليس ملزماً به فليس له حق الاسترداد لانه يعتبر اما متبرعا أو دافعا بالانابة عن الغير . واذا دفع ديناً طبعياً فلا يجوز له الاسترداد

والآن نتكلم على شروط الوفاء من حيث الدافع والمستلم والمدفوع وتاريخ ومكان وتكاليف الدفع

(١) paiement كما ذكر القانون الفرنسي أو exécution كما قال القانون المصري

(٢) accipiens (٣) solvens (٤) pur et simple

١ - فيمن يدفع الدين

٣٩٠ - يحصل الوفاء إما من المدين نفسه أو من الغير .

١ - في الوفاء الحاصل منه المدين نفسه : جرت العادة أن المدين نفسه هو الذي يوفي بدينه أو أحد المدينين للمتزمين معه . وإذا كان الالتزام خاصاً بتسليم شيء^(١) أي نقل ملكية هذا الشيء (المادة ٩١/١٤٥ مدني) أو نقل حق عيني آخر مقرر على هذا الشيء (٩٢/١٤٦ مدني) فلا يعتبر الدفع صحيحاً إلا إذا توافرت الشروط الآتية : أن يكون الدافع مالكا وأهلا للتصرف أولاً : أما كون الدافع مالكا فانه شرط لا بد منه لان المدين لا يملك دائنه مالا يملكه هو . والوفاء بشيء غير مملوك للمدين وفاء غير صحيح ولكل من الدائن والمدين حق طلب الغاء هذا الوفاء

(١) - فلدائن طلب الغاء الوفاء لان الوفاء بالنسبة له غير صحيح وله حق المطالبة بتعويض . وله طلب الغاء الوفاء حتى لو كان الشيء المسلم اليه منقولاً وكان حسن النية ، أي كان في مأمن من مطالبة الغير له باسترداد الشيء ، اعتماداً على قاعدة «حيازة المنقول من المالك»^(٢) وكذلك الحال فيما اذا كان الشيء المسلم اليه عقاراً ومضت على وضع يده المدة المكسبة للحقوق العينية . وكل ذلك يرجع الى أن واضع اليد على منقول أو عقار هو بالخيار ان شاء التمسك بحسن النية في المنقول أو المدة المكسبة في العقار ، وان شاء لا يتمسك . وليس للدافع^(٣) الحق في اكراه الدائن على التمسك بهذا الحق فيما اذا رأى الدائن أن ضميره لا يرتاح الى مثل هذا الطلب

٢ - وللمدين أيضاً حق ابطال الدفع وهذا هو المستفاد من المادة ١٢٣٨ قرة ٢ فرنسي . لا نه يحصل أن يكون للدافع مصلحة في أن يرد الشيء الى مالكه الحقيقي^(٤) تفادياً من الحكم عليه بتعويض جسيم . ولا يمكن الاعتراض على هذا الرأي بأن من سعى في نقض ماتم على يديه فسيه مردود عليه . كذلك لا يمكن

(١) donner (٢) للراء ٦٠٧ / ٧٣٣ مدني و ٦٠٨ / ٧٣٤ مدني و ٢٢٧٩ فرنسي
(٣) solvens (٤) verus dominus

الاعتراض بهذه القاعدة الاخرى القائلة « من وجب الضمان عليه فليس له حق نزع الشيء »^(١) كل ذلك لان المدين سيدفع لدائنه بدلا عما يسترده الآن ولا يوجد لدي الدائن سبب معقول وقانوني في رفض تسليم هذا الشيء الى المدين أما اذا وجد هذا السبب فله الحق في رفض كما يحصل فيما اذا كان الدين مبلغا من النقود واستلمه واستهلكه بحسن النية^(٢)

هذا هو ما تقتضي به المادة ١٢٣٨ مدني فرندي والتي لا شبيه لها بالقانون المصري ونصها ما يأتي: « لاجل أن يكون الوفاء صحيحا يجب أن يكون الموفى الكا للشيء الموفى به وأن يكون أهلا للوفاء . وعلى ذلك اذا كان الموفى به مبلغا من النقود أو أى شيء آخر يستهلك بمجرد استعماله فانه لا يجوز استرداده من الدائن الذي يكون قد استهلكه بحسن نية ولو كان الوفاء قد حصل من لم يكن مالكا للشيء الموفى به أو ممن لم يكن أهلا للتصرف » وكل ما قاله القانون المصري بالمادة ٢٢٨/١٦٥ مدني أنه : « يشترط لصحة الوفاء أن يكون المدين أهلا للتصرف والدائن أهلا للقبول . » فقال بالاهلية في الوفاء من قبل المدين وبالاهلية في القبول من جهة الدائن ولم يذكر شيئا عن شرط الملكية عند المدين وعن الفقرة الثانية الخاصة بالدين اذا كان مبلغا من النقود

والذي نقول به انه رغم عدم وجود نص صريح بذلك فانه يجب الاخذ به من طريق العدالة^(٣) والمدين المسترد اما أن يكون وقت الوفاء قد وفى خطأ أو وفى وهو يعلم بأن الشيء ليس ملكا له . فاذا كان الاول فهناك محل لاصلاح خطئه ولا يكون ذلك الا بالاسترداد . وان كان الثاني فانه لا يوجد بالقانون ما يحول دون المدين في طلب استرداد ما دفعه من غير الطريق المشروع^(٤) وليس للدائن أن يشكو في هذه الحالة لان هذا الشيء لم يكن جزءا من مال المدين الذي يملك الدائن عليه حق الضمان العام وعلى ذلك اذا جاء المسترد للمنقول أو المستحق للعقار ورفع دعوى الاسترداد أو الاستحقاق ودفعها الدائن بقاعدة « حيازة المنقول سند الملكية » أو يدفع التقادم

(١) qui doit la garantie ne peut pas évincer (٢) كازان من ٧٧ - - بلانيول

من ١٣٩ ن ٤٠٤ - ٤٠٦ (٣) équité دي هلس ج ٢ من ١٥٩ ن (٤) acte

واكتساب الحق العيني بمضى للدة الطويلة فإن للمدين حق استرداد المنقول او العقار من الدائن طبقاً للمادة ١٣٣٨ فقرة ثانية كما قررنا

ويجب ملاحظة أن الاسترداد جائز للمالك للمنقول سواء كان مبلغاً من المال أم شيئاً يستهلك بمجرد الاستعمال في حالتين : أولاً . اذا كان المبلغ أو الشيء موجوداً تحت يد الدائن . ثانياً اذا استهلكه الدائن وكان سبب النية عند الاستهلاك أى يعلم بأن الشيء غير مملوك للمدين ^(١) أو أنه مسروق ^(٢)

ثانياً أنه يكون الرفع أهم من الوفاء هذا هو الشرط الثاني لصحة الوفاء بعد الشرط الاول القاضى بضرورة ملكية المدين للشيء اللوق به (المادة ١٦ / ١٢٨ مدنى ١٣٣٨ ف ١ فرنسى) ولا يستفيد من عدم الاهلية الا المدين فقط . وليس للمستلم ^(٣) أن يطلب الغاء الوفاء بسبب عدم أهلية الدافع . ويبطل حق الالغاء لدى المدين عديم الاهلية في الوفاء في حالة ما اذا كان الشيء الموفى به مبلغاً من المال أو شيئاً يستهلك بمجرد الاستعمال (المادة ١٣٣٨ ف ٢ فرنسى) ^(٤)

وهنا يصبح التساؤل ما هي القائدة التى تعود على المدين مقنود الاهلية في طلب الغاء الوفاء مع أن الدائن دائماً أبداً حق طلب دينه ممن له حق الولاية عليه سواء كانت الولاية شرعية أم قضائية أم مختارة ؟ تظهر القائدة فيما يأتى : (١) فيما اذا كان مقنود الاهلية قد دفع مبلغاً من المال قبل حلول أجل الدفع . اذ يصبح له في هذه الحالة الاستفادة من ذلك المبلغ بطريق استغلاله باهوائه وغيره حتى يوم الوفاء . (٢) اذا وفى المدين بشئ مثلى ^(٥) ذي قيمة عالية . فانه اذا استرده جاز له احلاله أى ابداله بشئ آخر أقل منه أى ذي قيمة متوسطة (المادة ١٢٤٦ فرنسى) : اذ المدين ليس ملزماً بأن يوفى بأحسن ما يمكن والدائن لا يكلف القبول بأردأ ما يمكن

(٣) اذا كان مدينا بالتزام بلى ^(٦) وكان له حق الاختيار في الوفاء بأحد الشئتين اذ ربما تنشأ له قائدة من وراء الوفاء بالشيء الآخر

(١) دى مجلس ج ٢٧٦ ١٧٦ (٢) ن ١٨ من الكتاب منه accipiens (٣)

(٤) كتابان من ٧٧ - بلايول من ١٣٩ و ٤٠٧ و ٤٠٨ (٥) in genere (٦) obligation

وقد لا حظ « دى مجلس » على المادة ١٦٥/٢٢٨ مدني أنها صيغت في قالب ميب وأنها أطلقت التعبير في تعميم مبدأ اشتراط الأهلية في الوفاء (ج ٢ ص ٦٢ ن ٢٣) . ذلك لأنه من المقرر في الالتزامات التعاقدية أن التزام أحد العاقلين بتسليم الشيء الى العاقد الآخر ينقل اليه الملكية في الحال بمجرد حصول الرضاء من الطرفين اذا كان الشيء معيناً (المادة ٩١/١٤٥ مدني) وعند ما يوفي للالتزام بالوفاء فإنه ينفذ ما التزم به . أما الملكية فقد انتقلت من قبل وينتج من ذلك أنه يجب وقت انعقاد توافر شرط الأهلية في التصرف ولكن لا يشترط ذلك عند الوفاء بما سبق للمدين أن التزم به وهو متمتع بأهلية التصرف . فاذا باع شخص شيئاً وهو من أهل التصرف ثم حبر عليه لاي سبب قبل تسليم الشيء الى المشتري جاز مع قيام هذا الحبر أن يسلم الشيء ويكون التسليم هذا وفاء صحيحاً من الوجهة القانونية ^(١) وأمكن الامر على خلاف ذلك اذا كان الوفاء مقصوراً على نقل الملكية فقط . ويحصل ذلك في حالتين . أولاً اذا حصل الوفاء بشيء مقابل لما حصل التعاقد عليه ^(٢) في هذه الحالة لا تنتقل الملكية الى الدائن الا وقت الوفاء أي وقت التسليم . أي ان الملكية والوفاء يحصلان في وقت واحد . ثانياً . اذا كان الوفاء خاصاً بأشياء قيمة في هذه الحالة أيضاً لا تنتقل الملكية الا بتعيين الشيء تعييناً نافياً للجهالة . وهذا التعيين يحصل عند التسليم أي الوفاء ^(٣) . وفي غير هاتين الحالتين واذا كان الشيء محل العقد معيناً ومن الواجب ادائه فلا يمنع زوال أهلية التصرف من صحة الوفاء . فاذا وفي المدين الذي لم يكن أهلاً للتصرف ما عليه من الدين المدين والمحقق اعتبر وفاؤه صحيحاً وانقضى التزامه به . وصحة الوفاء وانقضاء الالتزام موقوفان في هذه الحالة الأخيرة على انتفاء الضرر لدى المدين مفقود الأهلية فاذا ظهر بأن هناك ضرراً لاحقاً به من هذا الوفاء جاز ابطاله كما اذا دفع المدين مفقود الأهلية ديناً الى دائته المعسر مع أنه كان يداينه هو الآخر بدين وكان في استطاعته الاستعانة بالمقاصة . أو انه دفع دينه بعد أن اقترضه بفوائد مع ان الدين لم يجبل أجله بمد . وفي هذه الاحوال التي يظهر

: (١) دى مجلس ج ٢ ص ٦٢ ن ٢٤ (٢) dation en paiement (٣) دى مجلس

ج ٢ ص ٦٣ ن ٢٥

فيها الضرر محققاً بالمدن المقود الاهلية يجوز لمن له الولاية عليه من ولاية شرعية أو وصاية أو قوامة ، حق رفع دعوى الاسترداد للمطالبة برد ما دفع

٣٩١ - ٢) في الوفاء الحاصل من الغير : كما يحصل الوفاء من المدين

نفسه فانه يجوز أن يحصل من الغير أيضاً . وفي ذلك قررت المادة ١٦٠ / ٢٢٣ مدني ما يأتي : « اذا كفل للتعهد به عبارة عن مبلغ من النقود فيجوز وفاؤه من شخص أجنبي ولو على غير رغبة الدائن أو المدين » واذا كفل الوفاء جائزاً من الأجنبي عن التعاقد فانه جائز من باب أولى اذا حصل ممن له مصلحة في الوفاء كالكفيل وشريك المدين في الدين (المادة ١٣٣٦ مدني فرنسي) والمختر للعقار الموهون وفاء الدين . والأجنبي في دفعه للدين اما انه متبرع واما انه يفي بالدين فظهير الرجوع بما دفعه على المدين (المادة ١٦٩ / ٢٢٤ مدني) وعلى كل حال ليس للدائن حق الامتناع عن قبول الوفاء من أي شخص الا اذا كان للوفاء اعتبار شخصي يرجع لشخص المدين (المادة ١٥٩ / ٢٢٢ مدني ١٢٣٧ فرنسي) كما اذا اتفق شخص مع ممثل مشهور على تمثيل دور في رواية . واما اذا حصل الوفاء من غير شخص الممثل المتفق عليه فلا يعتبر الوفاء وفاء قانونياً مبرئاً لازمة

وقد يدفع الغير الدين برغم ارادة المدين . وله مع ذلك الرجوع عليه ويجوز دفع الرجوع عنه اذا بين للدائن ظروفاً خاصة كانت تدعوه الى عدم الوفاء كأن يكون قد سقط الدين بمضي للدة أو حصلت مقاصة فاقضى الدين بها أو غير ذلك . وفي هذه الحالة يعتبر الغير مجازة (المادة ١٦٠ / ٢٢٦ مدني)

٣٩٢ - هذا ويجب ملاحظة ضرورة التفریق بين جواز الوفاء من الغير برغم ارادة المدين والدائن ، الامر المقرر بالمادة ١٦١ / ٢٢٤ مدني ، وبين حالة تحويل الدين الى الغير بمعرفة الدائن ، أي تقاضيه دينه من هذا الغير مقابل تحويل السند اليه حتى يتسنى له مطالبة المدين بقيمة السند فيما بعد ، وهي الحالة المقررة بالمادة ٣٤٩ / ٤٣٦ مدني و ١٦٩٠ فرنسي . فبينما الوفاء بالدين من قبل الغير يصبح برغم ارادة المدين كما هو منطوق المادة ١٦١ / ٢٢٤ مدني فاذا الوفاء لا يصبح من قبل الغير الى الدائن في حالة المادة ٣٤٩ / ٤٣٦ مدني الا برضاء المدين نفسه سواء كان الرضاء منوها عنه

يستند الاستدانة أو مأخوذاً به سند خاص على حدة : لان في الوفاء مع التحويل شراء للمدين لا بد فيه من رضا المدين . وأما الوفاء بلا تحويل ففيه تطوع من الغير بالوفاء نظير الرجوع بما دفعه . والمسئلة دقيقة تحتاج لانعلم النظر لان هناك نتائج مختلفة في المالتين لاختلاف طبيعة كل حالة وكيانها القانوني أى طبيعتها القانونية . ومن أكبر الفرق بين المالتين فوق ما ينبأه انه في حالة التحويل أى حالة بيع السند يجوز للمدين أن يدفع للمحول اليه قيمة المبلغ الذي دفعه هذا الاخير حقيقة للدائن في حالة ما اذا اشترى المحول اليه من الدائن مجرد الادعاء بدين ^(١) أو مجرد الادعاء بحق مضمون ^(٢) ، أو في حالة ما اذا رفع المحول اليه دعوى على المدين يطالبه فيها بحملة الدين المبين في السند لا بما دفعه في الواقع (المادة ٣٥٤ / ٤٤٢ مدني و ١٦٩٤ فرنسي) هذا ولأجل التفرقة بين المالتين من الوجهة العملية يجب الرجوع الى نية الدافع فاذا كان مضارباً اعتبر مشترياً . واذا كان لا يرمى بالدفع الى كسب يصيبه ، بل يريد قضاء مصلحة للمدين اعتبر متطوعاً بالدفع . وفي الحالة الاولى تسري المادة ١٦١ مدني ، وفي الثانية تسري المادة ٣٤٩ مدني ^(٣)

هذا ونلاحظ على المادة ١٦٠ / ٢٢٣ مدني أن النسخة العربية تقول : « اذا كان التعهد به عبارة عن مبلغ من النقود . » ^(٤)

ولأجل فهم غرض الصحيح يجب ربط هذه المادة بالمادة الواردة قبلها ١٥٩ / ٢٢٢ وبالمادة الواردة بعدها ١٦١ / ٢٢٤ . اذ قول أولى الثلاث بأنه لا يصح الوفاء الا اذا كان حاصلًا من المدين نفسه اذا كان لشخصه علاقة بالوفاء . أى أن الوفاء يصح من الغير اذا كان خارجاً عن التزام شخصي ملاحظ في شخصية المدين كالمصور فلان والممثل فلان فاذا اتفقت شخصية المدين جاز الوفاء وصح من قبل الغير مهما كان نوع الالتزام سواء كان التزاماً بمبلغ من النقود أو التزاماً بتسليم شيء معين أو شيء مثلي كالمحبوب

(١) ses prétentions à une créance (٢) droit incorporel (٣) استئناف
١٢ ابريل سنة ١٩٢١ م ٢٢، ١ ص ٢٢٤ عدد ١٣٨ - كلبي سنة ١٩١٩ م ٢٠، ١ عدد
١٠٥ - ٢٦ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧، ٣٥٩ (٤) ورد بالنسخة الفرنسية « lorsque
l'exécution consiste dans un paiement فأخرج للترجم كلمة payment الى مبلغ
من النقود . وليس ذلك هو غرض الشارع

أو القطن من نوع معين . وفي هذه الحالة اذا وقع الوفاء من الغير فنه يقع صحيحاً وهذا هو الاستناد من ثانية الثلاث . بدليل أن ثالثها أجلت الرجوع بما استفادته المدين بسبب الوفاء^(١) وبقدر ماصرفه الدافع^(٢)

وعلى ذلك تكون كلمة الوفاء^(٣) الواردة بالمادة ١٦١ / ٢٢٣ بالنص اقرنسى ، وعبارة مبلغ من النقود الوارد بالنص العربي لا تؤيدان الغرض الذي يريد به الشارع . وكان يجب أن تصاغ المادة بطريقة تتجانس فيها مع المادة ١٥٩ / ٢٢٢ كأن تصاغ كما يأتي : « وفي غير الأحوال التي يكون فيها للوفاء اعتبار شخصي فانه يجوز للغير الوفاء بالمدين رغم إرادة الدائن والمدين » والمراد بكلمة الوفاء هنا^(٤) قيام المدين بتنفيذ ما التزم به سواء كان دينه مبلغاً من النقود ، أو القيام بعمل^(٥) .

٥ - في المدفوع اليه أو الموفى اليه

٣٩٣ - لا بد لصحة لوفاء بالنسبة للمدفع اليه من شرطين :

(١) أنه يكون الوفاء الى الدائن أو الى نائبه : يصبح الوفاء إما الى الدائن نفسه أو الى نائبه^(٦) (المادة ١٦٧ / ٢٣٠ مدنى ١٢٤١ فرنسى) سواء كان النائب نائباً شرعياً أو قضائياً أو مختاراً^(٧) . ويصح الوفاء أيضاً الى المحجز فيما اذا توقع حجز تحت يد المدين وكان دائنه مدينًا لدائن آخر فيصح الدفع الى ذلك الدائن الآخر الذى أوقع المحجز (المادة ١٢٤٢ فرنسى) متى تأيد المحجز بحكم قضائى أو كان تنفيذياً من أول الأمر كما يجوز ذلك فى القانون المصرى . وبوجه عام يصبح الوفاء اذا حصل الى الدائن نفسه أو الى من يحل محله .

واذا حصل الوفاء خطأ الى غير شخص الدائن فلا يصح الوفاء ولا يعتبر مبرراً لفدنة المدين . انما يجوز لمن دفع الرجوع الى المدفوع اليه^(٨) بما دفعه استناداً الى نظرية استرداد المدفوع بلا حق^(٩)

(١) profit (٢) remboursés (٣) paiement (٤) paiement (٥) بلانول من ١٣٧ ن ٤٠٠ (٦) représentant (٧) بلانول من ١٤٠ - ٤١٣ ن ١٤٦ (٨) accipiens (٩) ٣٧٢.١٠٩١٠.٠٠ - ٠.٤٩٠.١٠٩٠.٠٠

وإذا كان الاصل كما قلنا عدم صحة الوفاء الى غير الدائن فإنه مع ذلك توجد استثناءات لهذه القاعدة يصح فيها الوفاء ولو أنه حصل الى غير الدائن . وهذه الاستثناءات هي :

١ - فيما اذا صادق الدائن الحقيقي على الوفاء (المادة ١٢٣٩ فرنسي) وهو حكم عام .
٢ - فيما اذا استفاد الدائن من الوفاء (المادة ١٢٣٩ فرنسي) وهو حكم عام أيضا . وذلك فيما اذا دفع للدين لدائن دأته من قبل توقيع الحجز منه تحت يد الدين أو قبل تثبيت الحجز التوقيع تحت يده

٣ - اذا حصل الوفاء بحسن نية من الدين الى شخص حائز لسند الدين . وفي ذلك تقول المادة ١٦٧ / ٣٣٠ مدني ما يأتي : « يجب أن يكون الوفاء للدائن أولئك في ذلك أو لمن له الحق في الشيء المتعهد به »^(١) وبمعنى نفسه المادة ١٢٤٠ مدني فرنسي . والمآثر لسند الدين هو ذلك الذي يظهر أمام الناس بأنه الدائن ويعتقدون فيه بحق بأنه كذلك ككلوارث الظاهر^(٢) كما اذا مات الدائن الحقيقي ثم جاء شخص وقال بأنه وارث له ووضع يده على أملاك التوفي^(٣) وأخذ يعامل الناس جميعاً ويعاملونه كذلك على هذا الاعتبار^(٤) ومن قبيل حالة الوارث الظاهر ما اذا دفع مبلغ الكميالة بحسن نية الى يد حاملها عند ميعاد الوفاء مع أنه ليس هو الدائن الحقيقي (المادة ١٤٤ / ١٥١ تجاري و ١٤٥ فرنسي)^(٥)

٢٩٤ - ٢) أهلية المدفوع اليه : وهذا هو الشرط الثاني لصحة الوفاء الى المدفوع اليه وهو أن يكون أهلاً للاستلام (المادة ١٥٦ ، ٢٢٨ مدني) فإذا كان المدفوع اليه غير أهل للاستلام بطل الوفاء وأصبح غير منبج في براءة ذمة المدين ووجب على هذا الأخير وقاء آخر الا اذا أثبت أن الدائن استفاد فعلاً من هذا الوفاء (المادة

(١) de cibus (٣) héritier apparent (٢) possesseur du droit à l'obligation (٤) فصحى باشا زغلزل من ١٨٢ - دمج ج ١ ص ٤٥٢-٤٦٦ ٢٧٦-٢٨٥ وشرحه فتااعدة للشهورة في أن الخطأ الشائع يصبح سبباً لتكوين الحق error communis facit jus أي Perreur commune fait droit (٥) ومن قبيل ذلك ما اذا دعت الحكومة لشخص ديراً وادعى هذا الشخص بأنه الوصي للدائن وأن محجوره غائب واهتج برأيته بشهادة صادرة من السلطة القضائية وكان مع الوصي المصورة التنفيذية . فلذا حصل الوفاء بهذه الظروف اعتبر صحيحاً : استئناف م ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ، تق ٢٤٠ ، ٢٣

١٢٤١ فرنسي^(١) وهو حكم علم . والاهلية في الاستلام عند الوفاء هي نفس الاهلية اللازمة للتصرف ، ذلك لان في استلام الدين وقت الوفاء انقضاء للدين ومعلوم أن انقضاء الدين ينبر في ذاته مظهراً من مظاهر التصرف

هذا ويلاحظ هنا أن المادة ١٢٤١ فرنسي حظرت الدفع الى مفقود الاهلية . واعتبرت الوفاء غير صحيح في هذه الحالة الا اذا استفاد المدين من الوفاء أى أن القاعدة العامة عدم صحة الوفاء . فلذا رفعت الدعوى من التائب شرعاً عن الدائن مفقود الاهلية فليس للمدين دفع الدعوى الا بهذا الدفع فقط وهو اقامة الدليل على انتفاع الدائن من الوفاء كأن يكون اشترى عقاراً بالمبلغ مثلاً . وفي غير ذلك لا يجوز له دفع الدعوى . أى لا يشترط في صحة الدعوى اقامة الدليل على حصول ضرر أى عين الدائن بل يجب قبولها كما هي^(٢) وقد لوحظ على هذه القاعدة شذوذاً عن القواعد العامة المتعلقة بالغاء الاعمال القانونية وأنها أخذت عن بوتييه . ولوحظ في سبب مشروعيتها أنه من المجازفة الوفاء الى مفقود الاهلية

٣٩٥ - ولكن القانون المصري قرر في المادة ١٦٦/٢٢٩ مدني عكس ما قرره المادة ١٢٤١ فرنسي وذهب الشارع المصري في غير الطريق الذي ذهب فيه بوتييه والشارع الفرنسي اذ قرر صحة الوفاء الى المدين مفقود الاهلية اذا ثبت عدم حصول ضرر له وقد ذكرنا أمثلة لذلك عند ما تكلمنا على أهلية الدافع . واشترط الضرر هنا أمراً لا بد منه وهو مطابق للقاعدة العامة المتعلقة بالغاء الاعمال القانونية . لذلك اذا رفعت الدعوى من مفقود الاهلية وطلب الوفاء من جديد واعتبار الوفاء الاول غير صحيح جاز دفع الدعوى إما بثبات المنفعة التي عادت على الدائن من الوفاء الاول ، وإما اثبات عدم حصول ضرر ما للدائن . وحكم المادة ١٦٦/٢٢٩ مدني نصيرية هذه حكم يتفق مع المبادئ القانونية الصحيحة بخلاف حكم المادة ١٢٤١ فرنسي . (ولكن بالتدقيق في مقارنة المادتين ١٢٤١ الفرنسية و١٦٦ المصرية ربما

(١) بلانويول ص ١٤٠ ن ٤١٢ . - كابتان ص ٧٩ (٢) كولين وكابتان ج ٢ ص ٧٩

يتعان فى النهاية فى معنى واحد ، وهو استفادة مقنود الاهلية لانه ربما لا يثبت اعتناء الضرر الا من طريق اثبات الاستفادة

فى شرط الاهلية فى الاستلام قد روعيت مصلحة الدائن لا المدين فليس للمدين حينئذ الاستناد اليها فى طلب الغاء الوفاء من قبله وهنا تنطبق القاعدة المعروفة وهى من سعى فى نقض ما تم على يديه فسيه مردود عليه . هذا وملاحظ أنه من واجب المدين أن يتحقق من أهلية دائئه للاستلام

— فى الدفع أو الموفى به

٣٩٦ — يجب على المدين أن يوفى بنفس ما تعهد به بالذات (المادة ١١٤٣ فرنسى) وأن يدفع كل الدين لاجزأ منه (المادة ١٢٤٤ فرنسى) أى لا بد لصحة الوفاء من حيث المدفوع من شرطين

الشرط الاول : يجب على المدين أن يوفى بنفس وذات ما تعهد به . وليس للدائن ملزما بان يستلم شيئا غير ما حصل عليه التعاقد حتى ولو كان الشيء الموفى به أكبر قيمة من الشيء الذى حصل عليه التعاقد

١ — فاذا كان الدين مبلغا من المال وجب على المدين أن يدفع الدين عملة أو أوراقا ذات قيمة معترف بها قانونا ، أما النقود الصغيرة ^(١) أى النقود المسكوكة من الفضة والنحاس والنيكل فانها لا تستعمل الا من طريق تكملة الدفع ^(٢) لان قيمتها الاسمية ^(٣) أكبر من قيمتها الحقيقية ^(٤)

هذا والأوراق المالية المعترف بها قانونا فى مصر هى أوراق البنك الاهلى كالأورقة ذات مائة الجنيه والخمسين جنيها وهكذا

٢٩٧ — فى عمدة الوفاء : واذا كان الدين بالفرنك مثلا فهل يدفع بسعر الفرنك الاصلى أى سعر الفرنك من الذهب ، أم يدفع على حسب قيمة القطع أو (الكامبيو ^(٥)) التى تتغير من وقت لآخر باعتبار القطع مظهر آمن المظاهر الاقتصادية

يتأثر هو الآخر بالمؤثرات الاقتصادية بتغيرية الغرض والطلب أو بالتغيرات الأخرى المعروفة في التجارة الداخلية والخارجية؛ أثارت الحرب كامن هذه النظرية ففانص فيها القضاء، بأحكام رجع فيها الى القواعد العامة وإلى الغرض الذي أراده العاقدان من نوع عملة الوفاء. قضى بالمرتك من الذهب في الأحوال الآتية: للدائن حتى ولو غير هذا الأخير لحق إقامته^(١) وفي دفع رسوم المرتز من قناة السويس^(٢) وفيما إذا اتفق العاقدان على الوفاء بمرتك أو من تعيين قيمته لانه يجب الرجوع الى قبضته ههنا كما قررت له بالامر العالي^(٣) الصادر في ٢٧ ذي الحجة سنة ١٢٥١ هـ والمؤيد بذكرينو ١٤ نوفمبر سنة ٨٥ وقرار وزارة المالية في ١٦ أكتوبر سنة ١٩١٦^(٤) وفيما إذا قرر بمقتضى التأمين بان التوثيق النهائي يدفع لمتاحبة بالمرتك بمحل وجود الشركة، وكان المؤمن يدفع سنة ١٩١٩ بمرتك من الذهب^(٥) هذا ويظهر أن من شأن تعيين مكان الوفاء أن تتبين الصلة التي يحصل بها الوفاء الا اذا حصل الاتفاق على خلاف ذلك^(٦)

والذي نراه في كل ذلك هو ضرورة الرجوع الى المادة ٤٧٤/٥٧٧ مدني و١٨٩٥ فرنسي^(٧) والمادة ١٢٣/١٨١ مدني والاستئناس بها في تقرير القاعدة العامة التي يجب الاخذ بها في هذه الاحوال المختلفة. وقد قررت المادة ٤٧٤ ما يأتي: « اذا كان الشيء المستمار قوداً^(٨) لزم رده بعينه قيمته العددية^(٩) اي كان اختلاف أسعار المسكوكات^(١٠) الذي حصل بعد وقت العارية» أي أن الاصل في الوفاء أن يحصل بنفس القيمة التي كانت معروفة للدين وقت ترتيبه في ذمة المدين لا وقت الوفاء به^(١١)

(١) ٩ فبراير سنة ١٥٨٠٣٤٤٦٢٢ (٢) ٩ فبراير سنة ١٦١٠٣٤٩٢٢ (٣) ordon-nance (٤) ٢٤ يناير سنة ١٨٢٠٣٥٠٩٢٣ - ١٨٢٠٣٥٠٩٢٤ - ولكن يعتبر الوفاء بالمرتك على حساب القطع صحيحاً فيما اذا باع البائع عقاراً بمصر سنة ٩١٠ وقضى جزءاً من الثمن والباقي على أقساط، وكان الثمن بملة المرتك، والبائع والمشتري فرنسيان، ثم قامت الحرب ونزل المرتك. ذلك لان عملة المرتك هي التي تميت بالتد ووضعت بتنفيذ النقد: ١٦ فبراير سنة ١٨٢٠٣٤٤٦٢٢ (٥) ٢٥ يناير سنة ١٨٣٠٣٥٠٩٢٢ (٦) ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٣٠٣٥٠٩٢٢ (٧) ٢٤ يناير سنة ١٨٣٥٠٩٢٣ (٨) argent en numéraire (٩) même valeur numérique (١٠) monnaie (١١) قانون ١٤ مارس سنة ١٩٢٣، ٢٩٦٠٣٥٠٩٢٣ فيما يتعلق بأجرة الشحن fret اذ يجب تقديرها على حساب القطع في اليوم الذي يحصل فيه الوفاء بالاجرة

ويجب أن يترتب على ذلك أن الوفاء بالدين المقدر بالفرنك قبل هبوط سعره بحسب القطع أن يكون سعر الفرنك في الذهب قبل أن يدهور الفرنك . وإذا خصل الاتفاق وقت تدهور الفرنك فمن اللازم أيضاً أخذاً بالمادة ٤٧٤ المذكورة أن يرجع إلى سعر الفرنك وقت التعاقد . بحيث لا يرجع إلى سعر الفرنك من الذهب المقدر له طبقاً للرسوم والذكر يتو القروا الوزارى السابقة إلا إذا ثبت أن نية الماعدين انصرفت إلى القيمة الذهبية لا إلى القطع

٢ - وإذا كان محل العقد شيئاً معيناً^(١) ويجب على المدين أن يسلمه إلى الدائن بالجهة التي كان عليها وقت التعاقد وقت التزامة بالوفاء . وظالماً أنه لم يفتقر من الدائن بالوفاء فلا يتأثر عن الاضرار التي تصيب الشيء . بفعل التوقا القاهرة (المادة ١٢٤٥ فرنسى) .
٣ - وإذا كان المدين ملزماً بالوفاء بشئ^(٢) مثلى فلا يلزم المدين بأن يوفى بأحسن شئ . ولكنه مع ذلك لا يبغيوز له أن يوفى دينه بأردأ شئ . (المادة ١٢٤٦ فرنسى) .

الشرط الثانى : يجب على المدين أن يرفع الدين لأمر . وليس له إلزام الدائن على أن يستلم جزءاً من الدين ولو كان الدين قابلاً في ذاته للقسمة (المادة ١٢٤٤ فرنسى) أى يعتبر الدين بين الدائن والمدين كأنه غير قابل للقسمة (المادة ١٢٢٠ فرنسى) وفي الواقع فإن الوفاء لا يعتبر صحيحاً ومبرراً لئمة المدين إلا إذا تناول الدين بتمامه .

٣٩٨ - ولكن لهذه القاعدة استثناءات هي :

١ - حالة المقاصة : إذا أصبح المدين دائناً هو الآخر لدائنه بدين أقل من دينه الملزم به جازت المقاصة في الدينين إلى حد الأصغر منهما وعلى ذلك ينقضى دين الدائن بقدر ما عليه لدينه ولا يطالبه إلا بفرق الدينين (المادة ١٩٣/٢٥٧ مدنى و ١٢٨٩ فرنسى - و ١٩٥/٢٥٨ مدنى و ١٢٩٠ فرنسى)

٢ - الدين المكفول بمحمول شخصى : إذا كان الدين مكفولاً من جملة أشخاص

ومطالب الدائن أحد الكفلاء جاز لهذا الكفيل أن يدفع دعوى المدعى بدفع التجزئة^(١) وهو الزامه أولاً بتقسيم حقه على كل الكفلاء المسرين وأن لا يطالب كل واحد الا بقدر نصيبه

٣ - وفاة المدين : في حالة وفاة المدين لا يجوز مطالبة وارث المدين الا بقدر نصيبه في الدين بنسبة ما أخذه من التركة^(٢) . أما اذا أراد الدائن المطالبة بكل الدين وجب عليه مخاصمة جميع الورثة

٤ - يجوز للقاضي في ظروف خاصة بالمدين ومع كل تحفظ توزيع الدين على أقساط^(٣) وتكليف المدين بدفع كل قسط في سيقاه المضروب (المادة ١٦٨ / ٣٣١ مدني ١٩٤٤ فرنسي) . وسنشرح ذلك عند ما نتكلم على المهلة القضائية^(٤)

٥ - تاريخ الوفاء ومكانه وتكاليفه

٣٩٩ - ١ تاريخ الوفاء : يجب أن يحصل الوفاء في الميعاد المعين بالتقعد اذا تعين ميعاد . وأما اذا لم يتعين فيجب الوفاء في الحال عقب التقعد^(٥)

٢ - مكان الوفاء : يجب أن يحصل الوفاء في المكان الذي تعين بالتقعد (المادة ١٢٤٧ فرنسي) فإذا لم يتعين بالتقعد وجب أن يحصل في المكان الموجود به الشيء المعين وقت الالتزام (المادة ١٦٩ / ٢٢٢ مدني ١٢٤٧ فرنسي) أما اذا كان الدين مبلغاً من المال أو من الاشياء المثلية فان الوفاء يحصل في محل اقامة المدين (المادة ١٧٠ / ٢٣٢ مدني ١٢٤٧ فرنسي) أي ان الدين يطلب من مكان المدين^(٦) ولا يحمل الى محل الدائن

(١) bénéfice de division (٢) ٨ مايو سنة ١٦٩٠، ٢٠٩١ (٣) par acompte

(٤) délai de grace (٥) على أنه يجوز للقاضي في مثل هذه الحالة أن يحدد مياداً للوفاء يتفق مع غرض المتاعدين والتقعد : ٢٧ أبريل سنة ١١، ٩٩، ١٩٧٠ واذا أعطى شخص أرضه بالنارورة لاخر في دين أخذه منه واشترط المدين بتقعد النارورة أنه يدفع الدين عند القدرة على الوفاء . اعتبر أجل الدفع في مصلحة المدين ولا يكره على الوفاء طالما أنه لم يقدر عليه . وتظل الدين محل الفاروة ضامنة له حتى الوفاء . اما يحمل الاجل اذا فعل المدين ما يحل بالضمائم : محكمة طلمبا الجزئية في ١٥ أغسطس سنة ٩٠٤ م ر ١٠٩٠ م ١٤٧ عدد ٧١ (وهو حكم هام في النارورة وشروطها وأساليبها القانوني والقضائي) (٦) les dettes sont quérables et non portables

٣ — **تكاليف الوفاء:** يتحمل المدين تكاليف الوفاء (المادة ١٧١ / ٢٣٤ مدني و ١٢٤٨ فرنسي ^(١))

٤ — في الوفاء بشيء غير الملتزم به

٤٠٠ — يحصل الوفاء بشيء غير الملتزم به ^(٢) إذا سلم المدين لدائنه شيئاً في مقابل الدين، كما إذا سلم عقاراً أو منقولاً في مقابل مبلغ الدين. ويجب في ذلك رضا المدين حتماً. كما أنه يجب مراعاة تسجيل عقد الوفاء إذا كان خاصاً بمقار طبقاً لقانون التسجيل رقم ١٨ سنة ٩٢٣

والوفاء بشيء في مقابل الدين عمل قانوني اختلفت في تكييفه الآراء ^(٣) إذ قال عنه بوتيه أنه نوع من الوفاء. وقال عنه إبري ورو وبلانيول أنه استبدال ^(٤). ويقول دي هلس ^(٥) والقضاء المختلط ^(٦) أنه بيع ^(٧) وقد يتشابه مع البذل إذا كان محل الدين شيئاً ^(٨) ولهذا الخلاف آثار ظاهرة فيما إذا استحق الشيء وخرج بالاسترداد أو الاستحقاق من يد الدائن ^(٩). فان قيل بنظرية الوفاء اعتبر استحقاق الشيء للغير مبطلا للوفاء. وعلى ذلك تعود للدائن حقوقه المقررة له من قبل في الدين المطلوب له. ويقول بذلك دوما. وان قيل بالاستبدال، أي استبدال الدين الأصلي بالشيء الذي يسلمه المدين لدائنه، زال أثر الدين وزالت معه تواجبه أي ضماناته المؤيدة له. ولم يبق للدائن إلا حق الرجوع بالضمان ^(١٠) على المدين. والضمان هذا أثر من آثار تسليم الشيء لا من آثار الدين الأصلي الذي انتهى وزال. ويؤيد الأخذ بمبدأ الاستبدال ما قررت المادة ٥١٤ / ٢٢٤ مدني و ٢٠٣٨ فرنسي من زوال التزام الضمان عن الكفيل عند الوفاء بشيء في مقابل الدين الأصلي. على أن في القول بمبدأ الوفاء دون الاستبدال أثراً ظاهراً فيما إذا كان الدين الأصلي مضموناً برهن رسمي عن عقار مملوك للمدين نفسه ^(١١) إذ

(١) وعلى ذلك يتحمل المدين مصاريف شطب الرهن *mainlevée*: ٣٠ ديسمبر سنة ٩١٥، ٨٥٠ ٢٨ (٢) *dation en paiement* أو *datio in solutum* (٣) *acte complexe* كاتان ج ٢ ص ١١٥ (٤) *novation* بلانيول ج ٢ ص ١٨٠ ن ٨٢٢ (٥) ج ٤ ص ٤٥٨ ن ٨٧ (٦) استئناف ٦ يناير سنة ٩١٥ م ت ق ١٠٧٠ ٢٧٠ — ج ع ٣ ص ٦١٤ ن ٦٣٩٢ (٧) راجع في ذلك كله كاتان ج ٢ ص ٥١٢-٥١٣ — البيع للهلالي بك ص ٨٩-٩٠ ن ١٤٨ (٨) كاتان ج ٢ ص ٥١١ (٩) *évincer* (١٠) *droit de garantie* (١١) بلانيول ج ٢ ص ١٧١ ن ٥٢٣ حاشية ١ من ص ١٧١

يعود الرهن الى ما كان عليه ، بعد الاستحقاق ، وذلك باعتبار أن الدائن لم يقبل الشيء في مقابل الدين ولم يرى ذمة مدينه من الدين ، إلا على شرط أن يصبح مالكا^(١) قلنا بأن البعض يقول بأن تسليم الشيء للمدين في مقابل الدين بيع . وذلك أن الملكية تنتقل الى الدائن في مقابلة دينه . وبالبيع تشتغل ذمة المشتري (الدائن) بضمن الصفة . وهنا يتلاقى هذا الثمن مع الدين المطلوب من البائع (المدين) فيسقطان بالمقاصة . ومع القول بتشابه الوفاء بالبيع فإن هناك مع ذلك فروقا بينهما . فإذا كان أصل الدين باطلا وقيل بالبيع انتقلت الملكية مع ذلك . ولكن يجب في هذه الحالة دفع الثمن الى البائع ما دام أنه لم تحصل مقاصة بسبب عدم وجود الدين الاصلى . وان قيل بالوفاء وجب رد الشيء نفسه وبالذات لا تنفاء سبب الوفاء^(٢)

وأما التزام المدين بالضمان في حالة استحقاق الشيء للغير وحرمان الدائن منه فيرجع اذن الى أن في تسليم الشيء من المدين للدائن شرطا ضمينا بالضمان . ولذا يرجع الدائن على المدين بدعوى الضمان الذي يرجع بها المشتري على البائع عند استحقاق المبيع . ويرى بلايول أن دعوى الضمان هذه إنما هي نتيجة حتمية لكل عقد بموض خاص بنقل الملكية^(٣) . وهو يلاحظ على ذلك أنه من المحتمل أن يقال بأن قاعدة حق الضمان هذه إنما هي تكرار للقاعدة المقررة في حالة استحقاق الشيء في الوفاء ، في أن الدائن يبقى محتفظا بحقه الاصلى ، أى له حق المطالبة بدينه . ان صح هذا القول ووجدت الدعويان لدى الدائن ، دعوى الضمان ودعوى المطالبة بأصل الدين لعدم صحة الوفاء ، فإن الدائن مع ذلك لا يستطيع العمل بهما معاً ، بل لا بد له من الاختيار له بينهما وربما كان في دعوى الضمان مصلحة ظاهرة للدائن لأنه يحصل بها على تعويض اكثر كما لاحظ ذلك بوتيه

و . في خصم الديون

٤٠٩ — يراد بخصم الديون^(٤) القواعد المقرر اتباعها قانوناً عندما يلتزم المدين بمجالة مبالغ فيدفع بعضها ويراد معرفة من أى للبائع يجب أن يخصم له للدفع

(١) كابتان ج ٢ ص ٥١٣ (٢) بلايول ص ١٧٢ ن ٥٢٨ . كابتان ج ٢ ص ٥١١ - ٥١٢

(٣) بلايول ص ١٧١ ن ٥٢٦ (٤) imputation de paiement

وتتبع هذه القواعد على الاخص فيما اذا كان لبعض الديون فوائد دين البعض الآخر .
أو كانت مقادير الفوائد مختلفة

ويحصل الخصم اما بمعرفة المدين نفسه أو بما يقرره القانون

الخصم بمعرفة المدين : للمدين الحق عند الوفاء أن يعين الدين الذي يريد أن يدفعه (المادة ١٧٢ / ٢٣٥ مدني ١٢٥٣ فرنسي) ولهذا القاعدة استثناءات (١)

١ - لا يجوز للمدين أن يخصم ما دفعه من دين مقداره أكبر من المبلغ المدفوع منه . والا لو قيل ذلك لترتب عليه اخلال بالقاعدة التي قررناها وهو عدم جواز اكراه الدائن على قبول دينه بجزءاً أي على جملة دفعات

٢ - اذا دلت نية المتعاقدين صراحة أو ضمناً وقت التعاقد على أن ديناً معيناً يحصل الوفاء به أولاً دون الآخر . في هذه الحالة يجب على المدين أن لا يخرج عما تم عليه الاتفاق . فاذا كان المدين ملزماً بدينين أحدهما عادي والآخر يرهن وأراد أن يوفي الدين العادي أولاً وأن يؤخر المرهون الى وقت آخر وجب على المدين مراعاة ذلك .

٣ - ان حق المدين في تعيين الدين الذي يوفي به مقيد بعدم الاضرار بالدائن وعلى ذلك لا يجوز للمدين الوفاء بدين لم يحل أجله بعد اذا كان الاجل مضروباً في مصلحة الدائن (٢)

الخصم بمعرفة الدائن : اذا لم يشأ المدين استعمال حقه في تعيين الدين الذي يريد الوفاء به فللدائن حينئذ الحق في أن يعين بالإيصال (٣) الذي يسلمه لمدينه الدين الذي يريد اقتضاه . وفي هذه الحالة لا يجوز للمدين الذي استلم الايصال أن يحتاج على ما زرد بهذا الايصال ويطلب خصم ما دفعه من دين آخر ، إنما له ذلك إذا شاب الايصال غش (٤) أو خدعة من جانب الدائن (المادة ١٢٤٥ فرنسي) (٥)

الخصم بحكم القانون : اذا لم يعين للمدين الدين الذي يريد الوفاء به

(١) بلائول ص ١٤٧ - ٤٤٢ - كاتان ص ٨١ (٢) س ١٨٥ ، ١٩٠ ، ٤٠ ومقال
« Bonnecarrière » ص ٢٠٢ - ١٠٢ - ٩٥ - ٢٤٥ ، (٣) quittance (٤) dol
(٥) بلائول ص ١٤٧ - ٤٤٢

وكذلك اذا لم يتبين بالخلاصة للجهة من الدائن ما هو الدين المراد اقتضاؤه ففي هذه الحالة يفتى القانون باستئصال المدفوع من الدين الذي يرى فيه مصلحة ظاهرة للمدين بالوفاء به قبل غيره من الديون الاخرى (المادة ١٧٢ / ٢٣٥ مدني و ١٢٥٦ فرنسي) فاذا كان المدين مديناً بدين مشفوع برهن أو اختصاص ودين عادي وجب أن ينضم له الدين المشفوع بالرهن دون العادي لأن له مصلحة ظاهرة في براءة ذمته منه باعتباره أشد حملاً وأكثر كلفة عليه ومضايقة له ^(١) . واذا كانت الديون لم تستحق جميعها في وقت واحد واستحق أحدها دون الاخرى وجب أن ينضم للمدفع من الدين الذي حل أجل ذمته ولو كان الدين الحال أقل مضايقة وحملاً على المدين بالنسبة للديون الباقية (المادة ١٢٥٦ فرنسي)

واذا كانت الديون تستوي في أصلها وطبيعتها وجب أن يقع الخصم أولاً عن أقدم الديون ^(٢) أما اذا تساوت مساواة مطلقة وجب استئصال المدفوع بنسبة الديون (المادة ١٢٥٦ فرنسي) أي يقسم المبالغ المدفوع على الديون ويقدر لكل دين مقدار بحسب قيمته

ويجب على كل حال أن يحصل الخصم أولاً في المصاريف والقوائد قبل الدين ذاته (المادة ١٧٣ / ٢٣٦ مدني و ١٢٥٤ فرنسي)

ز — في المرض والايذاء ^(٣)

٤٠٢ — نعلم أن الالتزام اما أن يكون التزاماً باجراء عمل أو الامتناع من اجراء عمل . والوفاء في الامتناع يحتمل بمجرد الامتناع . وعدم الوفاء يقع باجراء

(١) استئناف ٣١ مارس سنة ١٩١٤ م و ١٥٥٠ م ٢١٢ ص ٢١٢ — ١٤ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٢٩، ٢٢٨، ٢٢٧ و كذلك فيما اذا كان الدين مائزاً بدينين احدهما بالتضامن . فمن مصلحة ان يحصل الخصم في الدين الحان من التضامن : استئناف ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢ م ٢٥٠، ٥٣، ٢٥٠ (٢) ولكن يقول القضاء المختلط ان هذه التنازعات المقررة بالمادة ١٢٥٦ فرنسي هي فرنسية قانونية *présomption légale* لم يقل بها القانون المصري وعلى ذلك فلا يؤخذ بها بمصر : ١١ يونيو سنة ١٩٢١ م ٣٣، ٣٧٨، ٣٧٩ (٣) يقول م ١١٨ و ٤٤٦ وما بعدها م ١١٨ و ٤٤٦ ما بعدها م ١١٨ و ٤٤٦ وما بعدها .

العمل الممنوع . أما الالتزام بإجراء عمل فالوفاء فيه يكون بالقيام بالعمل لا بعرض التنفيذ على الدائن . لأن مثل هذا العرض لا يعتبر مبرئاً لذمة المدين ولا يمكن تشبيهه بعرض دين ببلغ من النقود على الدائن ، لأن العرض في هذه الحالة الأخيرة يعتبر مبرئاً لذمة المدين . وفي الالتزام بإجراء عمل إذا رفض الدائن قيام المدين بالوفاء به وجب على المدين الامتناع عن الوفاء وما عليه إلا أن يطالب دائنه بتعويض . أي أنه لا عرض في حالة الوفاء بالالتزام بإجراء عمل^(١)

والمدين بأي التزام ملزم بالوفاء والدائن ملزم بقبول الوفاء إذا كان مطابقاً للالتزام فاذا هم المدين بالوفاء وامتنع الدائن عن قبوله كان من مصلحة المدين أحياناً أن يعمل على براءة ذمته في الحال ولا ينتظر صدور الحكم فيها اختلف فيه الطرفان . وربما ظهر مصلحته في إيقاف سير القوائد إذا كان الدين مبلغاً من المال أو أنه يريد التحرر من قيود المحافظة على الشيء المزم بتسليمه . أو أنه كان ملزماً بتسليم أشياء مثلية ويخشى هبوط الاسعار فيها أو أنه يرمى إلى شطب الرهن المتوقع على عقاره أو تحرير كفيله من من قيود الكفالة (المواد ٦٨٥ - ٦٩٩ / ٧٧٣ - ٧٨٧ مرافعات)

وقد رسم له القانون طريقاً لاجل الافلات من هذه الاضرار التي تكثفها من جراء عدم قبول الدائن للوفاء وهي طريقة مكونة من عمليتين ، العرض الحقيقي والايداع (١) العرض الحقيقي^(٢) العرض الحقيقي لا يكون في التزام بإجراء عمل كما

تقدم بيانه . بل على المدين في هذه الحالة مطالبة دائنه بتعويض كما قررت ذلك المادة ٢٣٧/١٧٤ مدني . وأما في غير ذلك أي في الاحوال الاخرى يجب على المدين عند امتناع الدائن عن قبول الوفاء أن يعرض الدين عرضاً حقيقياً على دائنه على يد محضر بان يسلمه المبلغ بيده ويجب أن يحصل العرض في المحل المعد للوفاء أو للشخص الدائن أو المحل اقامته أو للمحل المعين بلعقد لاجل الوفاء

(٢) الايداع^(٣) إذا قبل الدائن استلام الدين من المحضر سلمه اليه وحرر محضراً بذلك يمد أخذ الايداع منه بالوفاء . وإذا رفض الاستلام من المحضر حرر

(١) المادة ٢٣٧/١٧٤ مدني . دى مجلس ج ٢ ص ٦٧ - ٦٨ ن ٤٨ (٢) offres réelles

(٣) consignation

هذا محضراً بذلك وعين فيه يوم وساعة إيداع المبلغ وعمل الإيداع وفي اليوم للمعين
تودع النقود في خزانة المحكمة

٢٠٣ - ماهي آثار الإيداع : لا يخلو الحال من واحد من اثنين

(١) أما أن يعدل الدائن عن عناده ويستلم المبلغ بعد إيداعه وفي هذه الحالة يجب
معرفة الوقت الذي يعتبر الوفاء فيه قد تم فعلاً من قبل المدين هل هو وقت العرض أو وقت
الإيداع أو وقت استلام الدائن للدين المودع؟ أما وقت الاستلام بعد العرض والإيداع
فلا يمكن أن يكون هو الوقت الذي تم فيه الوفاء لأنه لو قبل بعكس ذلك لترتب عليه
عدم وجود فائدة بالمرّة لهذه الأجرأت الخاصة بالعرض والإيداع . وما هو حينئذ وقت
العرض هل يعتبر وقت العرض هو الوقت الذي يتم فيه الوفاء : تقول المادة ١٢٥٧ مدني
فرنسي بأن العرض الحقيقي المشفوع بالإيداع يبرئ ذمة المدين (ولا تشبهها بالقوانين
المصرية) فكأن وقت العرض هو الوقت الذي تبرأ فيه ذمة المدين . ولكن يلاحظ
أن المادة ١٢٥٩ مدني فرنسي تقول بأن فوائد المبلغ المستحقة بعد العرض لغاية الإيداع
يجب ضمها على الأصل وقت الإيداع وهذا ما تقول به المادة ٦٨٩ / ٧٧٧ مرافعات
مصري . ومن ذلك يفهم أن وقت العرض لا يعتبر مبرئاً لذمة المدين بل هو وقت
الإيداع وعلى ذلك فإن الدائن لا يعتبر من وقت الإيداع مالاً كما لو أودع بل المدين
يعتبر مالاً كاله لأن القانون أجاز للمدين سحب الوديعة عند عدم أخذها بمعرفة الدائن
وحتى قبل صدور الحكم بصحة الإيداع بطريقة نهائية وعلى شرط اخبار الدائن بنيتها
في سحب الوديعة . وإذا سحبت الوديعة عاد الدين الى الوجود وعاد معه ما زال بزواله
فيعود التزام المدين الشريك في المديونية^(١) والتزام الكفلاء

وإذا كان الوفاء لا يعتبر حاصلًا إلا من وقت الإيداع لزم على ذلك ان
الإيداع أمر واجب لصحته بحيث إذا حصل العرض ولم يحصل الإيداع ظال الدين
عالمًا ببنق للمدين

إذا علم ذلك فما القول بشأن عرض التمن في الشفعة للنوّه عنه بالمادة ٤ من
قانون الشفعة الصادر في ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ ؟ فهل مثل هذا العرض يعتبر في

حكم الدين قانوناً فيجب في صحة الوفاء به أن يكون العرض مشفوعاً بالإيداع؟ أم أنه لا محل للإيداع وأن العرض كاف؟ اختلف القضاء المصري في هذه المسئلة وأخيراً طرح الخلاف على الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف الاهلية طبقاً لقانون ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢١ رقم ٣ للنشء. للمادة ٢٧١ مرافعات مكررة فاصدرت هذه الدوائر المجتمعة حكماً بتاريخ ٢٩ مارس سنة ١٩٢٣^(١) قررت فيه عدم ضرورة الإيداع وأن العرض وحده كاف. وهو حكم فيه محل للنظر

(٢) وأما أن الدائن يظل على عناده فلا يستلم الوديعة. وفي هذه الحالة يجب على المدين أن يرفع الدعوى ويطلب فيها الحكم بصحة العرض. وإذا صدر الحكم بصحة العرض وأصبح في قوة الشيء المحكوم فيه اعتبر الدين مدفوعاً الى الدائن دفعا نهائياً (المادة ١٢٦٢ مدنى فرنسى) وأما قبل ذلك فانه يجوز للمدين سحب الوديعة كما مر (المادة ١٢٦١ مدنى فرنسى)

٤٠٤ — على أن الإيداع يعتبر في ذاته وفاء بالمعنى القانونى من الوجاهات الآتية.
١ — بحول الإيداع دون مضايقة الدائن لمدينه بالاجراءات القضائية من توقيع حجز وخلافه

٢ — بوقف الإيداع سرعان القوائد

(٣) اذا كان الدين شيئاً معيناً فهلاكه على الدائن

ويلاحظ على هذه الاجراءات الخاصة بالعرض والإيداع انها تحمل للمدين ما لم يكن محملاً به من قبل بمقتضى العقد والقانون لانه يتنازل عن الدين في الاصل مما يسبى اليه الدائن فيتقاضاه من محل اقامة مدينه^(٢) اذ تنعكس الآيه اذا أبى الدائن استلام الدين ويقوم المدين نفسه بالبحث عن الدائن يدفع اليه الدين في محل اقامته . وفوق ذلك فان الاصل انه بمجرد حصول قيام الدين بتنفيذ التزامه يتم الوفاء وتبرأ ذمته . ولكن باباء الدائن لا يعتبر الوفاء صحيحاً الا من يوم الإيداع . فاذا هلك الشيء قبل الإيداع فهلاكه على المدين لا على الدائن مع أن ذمة المدين كانت تبرأ من الدين اذا رضى الدائن بالاستلام وقت الشروع في الوفاء ، فكيف يتحمل للمدين نتيجة عمل الدائن .

(١) مجلة المحللة السنة ٣ ص ٢٦٦ رقم ٢٠٠ (٢) dette quérable

٤٠٥ — لهذه الاعتبارات الساجدة على القانون الآلاى هذه الحالة المضادة بالمدين وقرر (المواد ٢٩٣ - ٣٠٤) بأن الوفاء يتم وتبرأ ذمة المدين بمجرد حصول انذار أو تنبيه على الدائن بالاستلام ويجوز أن يحصل الانذار شفويا أيضا . ويجوز فوق ما تقدم أن يطالب المدين دائته بتعويض نظير تأخير هذا الأخير في الاستلام وقد آن للشرائع الحاضرة الأخذ بهذا الرأي القانونى الآلاى حتى لا يترك المدين تحت رحمة دائن متعنت . نعم وإن كانت مصاريف العرض والايداع مما يتحمله الدائن (المادة ١٢٦٠ مدنى فرنسى) إلا أن ذلك لا يكتفى بل لا بد من التعويض الكامل . والتعويض الكامل ليس من السبل الحصول عليه عند عدم النص به في هذه الحالة بل لا بد فيه من الرجوع الى القيود القانونية الخاصة بالمسئولية والتعويض

٤٠٦ — وإذا كان الشيء المطلوب الوفاء به شيئا معينا ويجب تسليمه في المكان الموجود به فالعرض فيه يكون بانذار على يد محضر من المدين الى الدائن بالاستلام . فإذا لم يحصل الاستلام جاز للمدين أن يطلب الى القضاء تعيين محل آخر لايداعه به (المادة ١٢٦٤ مدنى فرنسى) والاسبيل طلب تعيين حارس قضائى^(١) لاستلام الشيء والمحافظة عليه أو بيعه وايداع ثمنه بخزينة المحكمة على ذمة من يحكم لهمن الطرفين .

٤٠٧ — وإذا كان الدين منقولاً يخشى عليه من التلف بمضى الزمن القصير وتعين يوم الدفع ثمن المنقول واستلامه ولم يحضر الدائن للاستلام فسخ العقد في الحال بقوة القانون دون انذار . ويجوز في هذه الحالة للمدين التصرف في المنقول ويرجع بالتعويض على الدائن (المادة ٣٣٥ / ٤١٨ مدنى ١٦٥٧ فرنسى)

أما اذا كان الدين عقاراً فيكفى نذار الدائن بالاستلام فإذا أبى الدائن الاستلام وجب على المدين رفع دعوى حراسة يطلب فيها تعيين حارس قضائى لاستلام العقار واستغلاله وايداع الغلة بخزينة المحكمة

ويحصل أن يكون المدين ممنوعاً من لوفاء الى الدائن وذلك فيما اذا حجز تحت يده بعمرة دائن لدائته . وفي هذه الحالة يجب عليه ايداع المبلغ بخزينة المحكمة^(٢)

(١) sequestre judiciaire (٢) في اجراءات العرض والايداع في القانون المصرى راجع كتاب التنفيذ للكتور ابو هيف بك بند ١٢٧٣ - ١٣٤٤ . والتنفيذ للكتور عبدالفتاح بك للسيد ص ٦٢٦ ن ٩٢٤ وما بعدها

ح - في التمرض للوفاء بالحجز تحت يد مدين الدائن^(١)

٤٠٨ - يحصل أن الغير يتعرض للمدين وينتفع من الوفاء للدائن الا بحضوره أو برضائه . ويحصل هذا التمرض في حالة ما اذا كان الدائن مدينا هو الآخر لدائن . فيجوز لهذا الاخير توقيع الحجز تحت يد مدين مدينه^(٢) . وهذا الحق مستفاد من حق الضمان العام المقرر له على أملاك مدينه (المادة ٥٥٥ / ٦٧٩ مدني ١٤١ / ٢٠٢ مدني و ٢٠٩٢ فرنسي) ومن حق الدائن في أن يعمل بالنيابة عن مدينه في تحصيل حقوق هذا الاخير (المادة ١٤١ / ٢٠٢ مدني ١١٦٦ فرنسي) وبالحجز يضع الدائن يده على الدين المطلوب لمدينه ويعمل على استلام الدين منه^(٣) أي أنه يوجد في حالة الحجز مدين ودائن ودائن الدائن

وتكون عملية الحجز تحت يد الغير في فرنسا دائما من دورين الاول الدور الاحتياطي التحفظي^(٤) وهو الخاص بتوقيع الحجز والتنبيه على المحجوز لديه بعدم الدفع الى الدائن المحجوز عليه - والدور الثاني دور التنفيذ^(٥) وهو الدور الذي يعمل فيه المحجز على الحصول على حكم بتثبيت الحجز^(٦) وبالحكم يتقاضى الدين مباشرة من مدين مدينه . وبحصول الحجز هذا اما بسند تنفيذي أو بسند عادي لو لم يكن الدين محدد القيمة تحديدا نهائيا

أما في مصر فإن حجز ما للمدين لدى الغير يكون تنفيذا من أول الامر اذا كان بيد الدائن سند أو حكم واجب التنفيذ وفي هذه الحالة لا ضرورة للحكم بصحة الحجز أما اذا لم يكن سند تنفيذ فان الحجز يكون تحفظيا ابتداء وينقلب تنفيذا من صدور الحكم بتنفيذ الحجز

وفي ذلك كله اجراءات تتعلق بقانون المرافعات^(٧) انما نحن نقصر القول هنا على ما ينس القانون المدني وذلك فيما يتعلق بآثار الحجز وثأبجه

(١) كاتان ص ٨٥ - بدويول ص ١٥٠ ن ٤٥٦ وما بعدها . (٢) saisie-arrêt

(٣) ويسمى المحجز créancier saisissant والمدين المحجوز عليه débiteur saisi والمحجوز

تحت يده tiers saisi (١) phase conservatoire (٢) saisie d'exécution

(٦) validité de la saisie (٧) راجع في ذلك كله كتاب التنفيذ للدكتور ابو هيف بك

بعد ٤٣٧ وما بعده وكتاب التنفيذ لبدالتاج بك ص ٢٠٥ ن ٢٧٨ وما بعده وسماه «حجز الدين»

٤٠٩ في نتائج الحكم بتثبيت المحجز : بينما يرى أغلب رجال الفقه في فرنسا أن الحكم بتثبيت المحجز لم يخرج عن كونه مجرد تعيين طريقة للوفاء فان القضاء الفرنسي يرى على العكس من ذلك بأن لهذا الحكم أثراً في تخصيص المبلغ الى المحجز^(١) أي أن المحجز يختص به وحده دون غيره فيأخذ دينه كاملاً من مبلغ الدين المحجوز وكذلك شأن المحجزين الآخرين الذين يحجزون قبل صدور الحكم . وأنه اذا توقفت حجوزات أخرى بعد الحكم بتثبيت المحجز فلا يكون لها أدنى تأثير على حق المحجز الاول أو المحجزين الاولين^(٢)

أما في مصر فان المحاكم قد قررت مساواة جميع الحاضرين سواء حجزوا قبل الحكم بصحة المحجز أو بعده ولم تر أن من آثار الحكم بصحة المحجز تفضيل المحجز المحكوم له على غيره ممن يحجزون من بعد الحكم^(٣)

٤١٠ — في نتائج المحجز قبل صدور الحكم بتثبيته : للمحجز قبل الحكم بتثبيته نتائج هامة وهي أنه لا ينزع من الدائن المحجوز عليه حق تملكه للدين وأما يعطل عليه قبض الدين . ومعنى ذلك .

١ ان المحجوز لديه لا يجوز له أن يدفع شيئاً الى الدائن المحجوز عليه . واذا دفع فدفعه غير صحيح بالنسبة الى المحجز ولا يسرى عليه^(٤) فاذا حكم بتثبيت المحجز وجب عليه أن يدفع مرة ثانية الى المحجز (المادة ١٢٤٢ مدنى فرنسى) وله حق الرجوع على دائته بما دفعه لدائن دائته

وقد يكون في بقاء الدين تحت يد المدين المحجوز لديه ضرر يلحق به فيما اذا كان للدين فوائد تسرى عليه . ففي هذه الحالة يجوز للمدين المحجوز لديه إيداع المبلغ

(١) effet translatif (٢) س ٩١٠ ، ١٠٣٣ (٣) راجع حكم الاستئناف المختلط في ٨ مايو سنة ١٩١٣ م ق ٢٥ ، ٣٦٩ ، و جازيت ٣ م ١٨١ عمرة ٣٩٥ ومن قبله حكم اول ديسمبر سنة ١٨٨٧ م ١٣ م ٢٢ وهو مطول وفيه حيثات مستفيضة في الموضوع وراجع كتاب التنفيذ للدكتور او هيف بك حيث يرى هذا الرأي وفيه أيضاً بيان لبعض الاحكام التي ترددت في الاخذ بهذا المبدأ (ج ٥٧٧ وحاشيتي ١ و ٢ م ٣٧١) . - انظر تنفيذ الدكتور هيد الفلاح بك السيد م ٢٦٠ ن ٣٤٨ وما بعدها - (٤) qui paie mal paie deux fois

٢ - وليس للمحجوز لديه انفراد من عاقبة المحجز بأن يدعى ابراء الدائن له من الدين أو حصول استبدال في الدين . كما أنه ليس له ادعاء اقتضاء الدين بالمقاصة من دين مقرر له بعد المحجز لانه لا يجوز أن تحصل المقاصة اضراً بالغير (المادة ١٩٩/٢٦٣ مدنى ١٢٩٨ فرنسى) لان المقاصة هى من باب الوفاء ، والمحجز تقطع مدة التقادم فليس للمدين الادعاء بسقوط الدين عنه (المادة ٢٢٤٤ مدنى فرنسى) أما المادة ١١٠/٨٢ مدنى مصري فلم تذكر المحجز من الاسباب القاطعة للمدة ولكن القاعدة عامة باعتبار أن المحجز عمل يقوم به المحجز بالنيابة عن مدينه في المطالبة بالدين طبقاً لما قرره (٣)

(١) د، ٤٦٠، ٩١١، ص٣٣، ٩١١، و٢٥٨١ «Tissier» (٢) وهو ما يسمى بمحجر الجامة saisie-opposition de complaisance (٣) قارن هذا بما جاء في كتاب التفتيش المذكور ابو هيفيك بند ٥٧٢ فيه مناقشة لهذه انتقطة وخصوصا بند ٥٧٣ فيه تحليل لاجرامات المحجز ونظر فيما يعتبر منها قاطعا للتقدم وما لا يستبر... تنفيذ عبد الفتاح بك ص٢٤٨ ن٢٧٧ واسبابا (٤) privilège

الآخرين الذين يأتون قبل صدور الحكم بتثبيته المحجز يقسمون جميعا الدين المحجوز عليه بنسبة ديونهم^(١) وإذا فرض والتمز المحجوز عليه بالتزامات أخرى في الفترة القائمة بين المحجز وصدور الحكم بتثبيته فانه يجوز لدائنيه هؤلاء حق توقيع المحجز على الدين المحجوز عليه ومزاخمة الحاجز الاول والحاجزين الآخرين في اقتسام الدين : كل هذا نتيجة معقولة للقاعدة القائلة بمساواة الدائنين العاديين فيما بينهم وعدم تفضيل الواحد على الآخر . ولكن الا يلاحظ في ذلك أنه ماس بأحدى النتائج الهامة للمحجز في ذاته وهو تعطيل الاتفاقات لدى المحجوز عليه بدينه المحجوز ؟ أليس في اطلاق الحرية للمدين بعد المحجز في تقرير التزامات بدمته قبل صدور الحكم بتثبيته المحجز معني القضاء على هذه النتيجة الهامة وهي تعطيل الاتفاقات بالدين لدى الدائن المحجوز ضده ؟^(٢)

٤١١ - - وقد كان الخلاف عظيما في القضاء الفرنسي لمعرفة ما اذا كان المحجز الواقع تحت يد الغير نتيجة مطلقه في حبس الدين كله تحت يد المحجوز لديه أو أن له نتيجة نسبية أي أن الحبس لا يتناول الا بقدر المحجوز لاجله . وقد انتهى الامر من بعض الوجود بصدور قانون ١٧ يوليو سنة ١٩٠٧ بصفته ملحقا للمادة ٥٦٧ مرافعات فرنسي اذ أجاز للمحجوز ضده أن يطلب الى قاضي الامور المستعجلة تعيين قيمة المبلغ المحجوز من أجله وايداعه على ذمة الحاجز باعتباره مخصصا له دون غيره أي يكون له امتياز عليه وما بقي بعد ذلك يدفع الى الدائن المحجوز ضده . وفيما عدا حالة التخصيص هذه تري المحاكم الفرنسية الآن أن نتيجة المحجز هي حبس الدين حبسا جزئيا نسبيا

٤١٢ - أما القانون المصري الصادر في ١٨٧٥ و ١٨٨٣ فانه قرر من قبل بالمادة ٤٢٣ / ٤٨٥ مرافعات ما قرره قانون ١٧ يوليو سنة ١٩٠٧ الفرنسي مع تعديل حليف فيما يتعلق بقاضي الامور المستعجلة اذ أتيح للمدين المحجوز لديه ايداع ما يقابل الدين المحجوز لأجله وتسليم الباقي للدائن المحجوز ضده بعد أن يقرر المحجوز عليه بانه خصص القدر المودع لوفاء دين الحاجز خاصة بعد ثبوته وبذلك يبقى المبلغ المودع

وتها خاصا للعاجز لا ينازعه أحد من المأجرين الآخرين . وهذا ما يسمى بتخصيص المدين^(١)

و يستنتج من مبدأ التخصيص هذا أن الشارع المصرى يقر نتائج الحبس والتعطيل النسبى الجزئى متبعا فى ذلك المبدأ الذى جرت عليه الاحكام الفرنسية الحديثة^(٢)

ط - فى تنازل المدين عن أملاكه^(٣)

فى حالة الاعسار

٤١٣ - لما قرر القانون الفرنسى الاكراه البدنى^(٤) قرر بجانبه حق المدين المعسر فى التنازل عن أملاكه الدائنية حتى يفلت بذلك من الاكراه البدنى . ولما لقي هذا الاكراه سنة ١٨٦٧ بطل منه العمل بهذه المواد ولوانه لم ينص على ابطالها نصا صريحا . ويختصر التنازل هذا فى حصول اتفاق بين المدين ودائنيه فى أنه يتنازل لهم عن ادارة أملاكه لا عن ملكيته لها أى أنه يتخلى عن ادارتها^(٥) فلا يجوز له بعد ذلك أن يجرى عملا من الاعمال الخاصة بادارتها ولا بتقرير حقوق عينية عليها ولا التصرف فيها بأى طريقة كانت . والدائنون يضعون يدهم على الاملاك فيديرونها ويستغلونها ولهم حق بيعها حتى يتقاضوا ديونهم منها . واذا بقيت بقية من الثمن ردت الى المدين ، واذا أيسر المدين جاز له استرداد أملاكه بعد الوفاء بديونه وللطرفين - المدين والدائنون - حق اشتراط شروط قاسية بالمقد . كأن يقرر لهم حق التنازل لهم عن الملكية . وكلما يحصل التنازل عن أملاك المدين بالاتفاق بين الطرفين فإنه يحصل أيضاً بحكم القضاء اذا تعذر عليه التراضى مع دائنيه وكان حسن النية

ولقد أخذ بعض علماء ائقانون يحبذون هذا التنازل عن الأملاك وبرحبون به بعد زوال الاكراه البدنى اذ يرون فيه وسيلة صحيحة يصح معها التوفيق بين المدين

(١) affectation spéciale (٢) راجع فى تفصيل التخصيص واجراءاته فى مصر كتاب التنفيذ للدكتور ابو هيف بك بند ٥٤٤ - ٥٥٠ وفى طبعه جى الدين الثانى عن الحجر بند ٥٥٦ وما بعده من الكتاب نفسه . وراجع التنفيذ لمبد الفتح بك ص ٢٥٧ ن ٢٤٢ وما بعده .
(٣) dessaisissement (٤) contrainte par corps

للمسر ودائيه من طريق ارضاء هؤلاء الأخيرين ورفع الدار عن المدين وما يصيبه من سوء السمعة والقاله بسبب الحجز أو الافلاس^(١) وان صح أن يكون لهذا النظام تلك الحسنات الأدبية والمادية في أن يفلت المدين من مضايقات السمعة المالية ومن بيع أملاكه بخس الاثمان في الزاد ، الا أنه لوحظ أن الدائنين لا يرضون به لما ينجم عنه من هذا الحمل الثقيل في ادارة أملاك الغير وما ينشأ عنها من صنوف المسؤولية وأنواع الواخذة القانونية .

٢ - في الوفاء مع الحلول^(٢)

١ - كلة عامة

٤١٤ - رأينا ما يقع بشأن الوفاء البسيط من أن الدين ينقضي به وتعفو آثره وأما الوفاء مع الحلول^(٣) وهو كثير الوقوع في الحياة العملية فإنه يختلف عن الوفاء البسيط في أنه لا ينقضي الدين به بل يترتب عليه تغير في الدائن اذ يتخفى الدائن الأصلي ويحل محله دائن آخر . ويتحرر المدين ازاء دائنه الأول ولكنه يصبح مديناً لمن دفع الدين عنه والدافع عنه قد يكون في الأصل مديناً شريكاً له في الدين^(٤) أو كفيلاً له^(٥) أو شخصاً أجنبياً عن الدين . ولا يحصل الدفع عادة في مثل هذه الأحوال الا بعد أن يحفظ الدافع لنفسه الحق في الرجوع بما دفعه والا اعتبر متبرعاً اذا كان يعمل بنية التبرع^(٦) ومع حفظه حق الرجوع على المدين فإنه يطلب وقت الوفاء من جانبه أن يحل محل الدائن في جميع حقوقه^(٧) أي ، يصبح هو صاحب حق الدائنية الذي كان مقرراً للدائن السابق .

٤١٥ - ويتحقق الحلول اما بالرضاء أو بحكم القانون

فيحصل بالرضاء اذا حصل التراضي عليه بين الدائن والدافع^(٨) أو بين المدين

(١) انظر مقال د واهل Wahl ، س ١٠٩٠٦ ، ٣٢١ ، ومقال جيفيه Guénée ، د ٩٠٤ ،

١٠٩٠٦ ، ٢٧٣ ، د ٣٢٨ ، س ١٠٩٠٩ ، ٤٩٧ ، (٢) كابتان س ٩٠ وما بعدها . - لاؤول

س ١٠٦ ، ٤٧٣ ، وما بعدها . - دى جلس ج ٢ س ٧٥ وما بعدها (٣) paiement avec

subrogation (٤) caution (٥) codébiteur (٦) animo donandi (٧)

subrogé dans les droits du créancier (٨)

والدافع ويسمى الحلول بالرضاء^(١) ويقع بحكم القانون ويسمى بالحلول القانوني^(٢) وهو أهم أنواع الحلول وأكثرها ذبوعاً في عالم العمل إذ كان القانون نفسه هو الذي يقرره فيقع ملزماً للمدين بقوة القانون دون الحاجة إلى اتفاق أو تراض خاص به وعلى ذلك ينتفع الدافع بجميع الضمانات التي كانت مقررة للدائن الأول الذي تقاضى دينه وانصرف

٤١٦ - ومن غير الحلول فإن الدافع لا يعدم وسيلة قانونية يقاضى بها المدين الذي دفع عنه بأن يرفع عليه دعوى شخصية تتعلق بشخصه هو (أي شخص الدافع) وتتكيف هذه الدعاوى طبقاً لظروف الاحوال . كأن يرفع عليه الدعوى بسبب الوكالة^(٣) إذا أشير عليه بلوفاء من قبل المدين ، أو الدعوى الناشئة عن القرض إذا كان قد سلم المدين المبلغ اللازم للوفاء بالمدين ، أو دعوى القرض^(٤) فيما إذا تطوع لخدمة المدين دون أن يؤمر منه بذلك . وأما في الاحوال الأخرى غير هذه الاحوال المتقدمة فانه يجوز للدافع أن يرفع دعوى الاثراء بلا سبب^(٥) حيث أن المدين اتفق مما دفعه الدافع الى الدائن . وهذه الدعوى هي الدعوى العادية التي يلجأ اليها إذا أعوز صاحبها تصوير دعواه بالوكالة أو أعمال القرضى وخلاف ذلك

ويلاحظ في الدعوى الشخصية التي يرفعها الدافع أنه لا يطمئن معها إلى الحصول على دينه فيما إذا كان المدين معسراً . وتختلف هذه الدعوى الشخصية عن الدعوى الناشئة عن الحلول في انها غير مضمونة بالكفيل أو ائتمانات العينة العقارية كالرهن التأميني أو الرهن الحيازي أو الامتياز ولذا يعمل الدافع على الاخذ بالحلول حتى يضمن لدينه تمام الوفاء بهذه الضمانات . وبالحلول يعمل الدافع على الدائن في جميع حقوقه الخاصة بالمدين فإذا كان الدائن بثماً انتقل الى الدافع حق الامتياز على العقار المبيع بشأن الثمن وانتقل اليه أيضاً حق طلب افسخ^(٦) بسبب عدم دفع الثمن (المادة ٤١٣/٣٣٢ مدني ١٦٥٤ فرنسي) . وإذا كان الدين ديناً تجارياً انتقلت أيضاً جميع الامتيازات التجارية الى الدافع فللدافع حق مقاضاة المدين أمام المحكمة التجارية . وإذا كان سند الدين تنفيذياً جاز للدافع المحجز تنفيذياً على المدين كما كانت

(١) subrogation conventionnelle (٢) subrogation légale (٣) action de mandat (٤) action en resolution (٥) gestion d'affaires (٦) action de in rem verso

الحال عند الدائن تماما . وإذا كان للدين أرباح تسرى بتوالى الزمن أصبح من حق الدافع المطالبة بها أيضا .

٤١٧ - هذا وليس من شأن الحلول أن يقضى على الدعوى الشخصية التى يملكها الدافع فى الأصل قبل الدين ، وكل ما ينشأ عن الحلول بالنسبة للدافع هو زيادة الضمانات قبله لا القضاء على حقه الاصلى فى رفع الدعوى الشخصية . والدافع بالخيار ان شاء استعان بالدعوى المقررة له بالحلول . وان شاء استعان بالدعوى الشخصية الاصلية جرياء وراء ما يراه من المصلحة له . فاذا كان دكلا أو فضولياً جاز له تفضيل الدعوى الشخصية الاصلية بدلا من دعوى الحلول لانه يمكنه بمقتضاها المطالبة بالفوائد القانونية عن المبالغ المصروفة من قبله من تاريخ صرفها لامن تلج بالمطالبة الرسمية (المادة ٥٢٧/ ٦٤٧ مدنى و ٢٠٠١ فرنسى) أو تكون مصلحته فى أن الفوائد القانونية المقررة بالقانون أكثر من الفوائد المتفق عليها بسند الدين، وأن الدعوى الناشئة عن الحلول تسقط بمدة أقصر من المدة المقررة لسقوط الدعوى الشخصية ، وهكذا

ب - فى السكبان القانونى للحلول

٤١٨ - اذا واجهنا الوفاء بالحلول وراعيها المنطق الصرف صعب علينا تبريره من هذه الوجهة . لانه ما دام الوفاء قد قضى على الدين الاصلى فكيف مع ذلك يمكن القول ببقاء الدين فى مصلحة الدافع ؟ كيف يمكن التوفيق بين انقضاء الدين وبقاء الدين ، والاقضاء والبقاء متعارضان لا يتفقان ولا يمكن للشئ الواحد أن يكون متصفاً بهما معاً ؟ فاذا أقرض الدافع مبلغاً للدين ليدفعه هذا الاخير لدائنه وفاء لدينه ، أليس الدين الاصلى قد انقضى بهذا الوفاء وتولد دين جديد وهو القرض ؟ فكيف يقال مع ذلك بأن الدين الاصلى وضماناته باقية فى مصلحة القرض ؟

٤١٩ - إزاء هذه الصعوبة للمنطقية البحتة احتمال بعض المؤلفين على تبرير الحلول من الوجهة القانونية فقالوا بأن الدين الاصلى ينقضى ولكن تبقى مع ذلك ضماناته أى ملحقاته فتلحق بالدين الجديد الذى ترتب فى ذمة المدين بسبب قيام الدافع بدفعه الدين نيابة عنه . ولكن لا يمكن الاخذ بهذا الرأى لأنه لا يتفق مع الواقع

استناد من الحلول ، لأن الذى ينتقل الى الدافع ليس فقط ملحقات الدين ، بل الذى ينتقل اليه هو الدين نفسه وملحقاته — وفوق ذلك فإن هذا رأى يتعارض مع نصوص القانون الفرنسى حيث قرر المادة ١٢٥٠ فى قمرتها الاولى بان الدافع يحل محل الدائن فى جميع حقوقه ودعواه وامتيازاته ورهوناته ضد الدين . لذا لم يؤخذ بهذا الرأى وتركه رجال الفقه جانباً لأنه فى احتياله على تحليل الحلول وبيان أصله قد زاده غموضاً فوق غموضه

أما الآن فإن القانونيين يقولون بما كان يقوله بوتيه من قبل بان الحلول هو تصوير على سبيل المجاز والخيال أو هو مجاز قانونى^(١) أو فرض قانونى اذ يفترض فيه بقاء الدين بعد انقضائه . ولكن علّام هذا التحايل فى تصيد أسباب قانونية للحلول والتعامل فى استجلاء كيانه القانونى ؟ أليس المجاز والفرض قد كان من أخص خصائص الرومان فى تحليل مبادئهم القانونية وكان وفقاً عليهم دون غيرهم نظراً لما حف بهم من ظروف خاصة جعلتهم محافظين وقت أن كانوا مقلدين ؛ أى كانوا ينكروا الانظمة القانونية الحديثة ويفرغونها من طريق التصوير والمجاز فى قالب رومانى بحث حتى يوفقوا بذلك بين تقاليدهم الاولى والضرورات الاجتماعية والعمرانية الحديثة المتجارية . فما هى حاجة القانونيين فى الوقت الحاضر الى هذا المجاز والبعد عن مواجهة الحقائق رجاءً لوجه وقد اختلفت المناهج التشريعية المعاصرة عن مناهج الرومان وليس الشارع الآن فى حاجة الى المجاز بل هو يأمر وينهى مباشرة

٤٢٠ — والحقيقة فى الحلول كما لاحظ كولين وكابنتان بحق^(٢) أنه مظهر من المظاهر العديدة للاشكالات^(٣) والتعارض الذى يقع كثيراً بين النطاق القانونى المحض^(٤) وضرورات الحياة . والشارع ، بما له من واسع السلطان وقوة الاشراف ، فصل هذه عن تلك . هذه هى الحقيقة فلا محل لاختفاها والحلول لم يخرج عن كونه عملية قانونية ذات وجهين^(٥) اذ ترجع بالاول منها الى ملحقات الوفاء وتلتفحها ،

وترجع بالوجه الثاني الى بيع الحقوق واسقاطها مع بعض الاختلاف في الخصائص الأساسية لهذا النوع من البيع

هذا ما قلته الشارحون الفرنسيون بشأن قانونهم وبشأن ما قرره المادة ١٢٥٠ مدني فرنسي حيث قررت كما ذكرنا بان الدائع يحل محل الدين في حقوقه ودعاويه ، أي أن الدين الاصل لم يزل بل هو باق وبقيت معه ملحقاته وهي ضماناته من رهن وامتياز وغير ذلك

٤٢١ - لكن القانون المصري خلف النص الفرنسي : ذلك لانه بدأ فصل الوفاء بأن الوفاء لا يصح الا من المدين نفسه اذا كان لشخصه اعتبار خاص في الالتزام (المادة ١٥٩/٢٢٢ مدني)

وإذا كان الوفاء عبارة عن دفع مبلغ من النقود أو أي شيء جنسي ^(١) صح فيه الدفع أو الوفاء من الغير (١٦٠/٢٣٣ مدني) وإذا حصل الوفاء من الغير جاز لهذا الاخير الرجوع على المدين بما استفاده المدين وقدر ما دفعه (١٦١/٢٢٤ مدني) ولاجل حماية الغير وهو من دفع الدين قرر له القانون بقاء ضمانات الدين للدفع . وتقررت هذه الضمانات بالمادة ١٦٢/٢٢٥ مدني وهي تخالف المادة ١٢٥٠ فرنسي . ويجب مراجعة المادة المصرية هذه في صيغتها الفرنسية لانها واضحة اذ وردت ترجمتها العربية ناقصة ^(٢)

ولزيادة الايضاح نورد النص المصري الفرنسي العبارة ثم نصه العربي كما ورد بالقانون ثم نخرج نحن النص الفرنسي الى العربي بما يطابق أصله تماماً ^(٣) أما الصحيح فيجب أن تكون الترجمة كما يأتي :

« وله تأميناً لهذا الدين الجدير نفس الضمانات التي كانت موجودة في مصلحة الدين المتقضى ، وذلك في الاحوال الآتية فقط »

(١) in genere (٢) حيث أغلقت الترجمة كلمة éteinte أي الزائل أو المنقضي وهي الكلمة التي وردت عقب الالتزام obligation أي الدين المدفوع وأغلقت كلمة الجديد nouvelle الواردة عقب الدين créance ، أي الدين الجديد (٣) النص الفرنسي العبارة بالمادة ١٦٢/٢٢٥ مدني - "il a pour sùreté de cette nouvelle créance, les mêmes garanties qui existaient au profit de l'obligation éteinte dans les cas suivants seulement" كما ورد بالقانون : « التأمينات التي كانت على الدين الاصل تكون تأميناً لمن دفعه في الاحوال الآتية فقط »

وبذا يقول الشارع للمصرى ان الدين القديم قد زال ، وهذا يخالف ما قرره الشارع الفرنسى بالمادة ١٢٥٠ ، وانه انقضى وأصبحت ذمة المدين بريئة منه . وانه مع زوال هذا الدين قد تكون دين جديد ^(١) ، الدائن فيه مختلف عن الدائن الاول ، وهنا وجه الشبه بين الحلول واستبدال الدين ^(٢) ، زال فيه الدائن الاول وظهر دائن جديد ، وقد عفا الدين القديم ولكن لم تعف ضماناته بل بقيت فى مصلحة الدائن الجديد وهنا وجه الشبه بين الحلول وبيع الحقوق

ولكن هل هذا التعبير من جانب الشارع المصرى يكون من آثاره عدم الوقوع فيما وقع فيه المقسرون الفرنسيون فى بيان كيان الحلول ؟ أى هل من شأن المادة ١٦٢/٢٢٥ مدنى مصرى أن توصل أبواب الجدل فى بيان التحليل القانونى للحلول وكيانه العلمى ؟ نقول لا . والذي يبين لنا أن الشارع المصرى أراد أن يأخذ بالرأى الاول الذى قال به بعض المفسرين الفرنسيين فى أن الدين الاصلى يزول وتبقى ملحقاته فتنقل الى الدافع . وقد رأينا أن هذا الرأى لا يتفق مع الحقيقة الواقعة لان الذى ينتقل الى الدافع ليس فقط للملحقات بل الدين الاصلى وملحقاته . ويظهر أن الشارع المصرى صاغ المادة ١٦١/٢٢٤ حتى تكون فى تجانس مع المادة ١٦٢/٢٢٥ بان جعل حق الدافع قبل المدين الاصلى منحصراً فى الرجوع عليه بما استغاده المدين وبقدر ما دفعه الدافع . ويريد الشارع المصرى بذلك أن يوهم بان الدين القديم قد زال من عالم الوجود وحل محله دين آخر ولذا أشار بالمادة التالية وهى ١٦٢/٢٢٥ الى الدين الزائل والدين الجديد

وبرغم ذلك فإن باب الجدل مفتوح على مصراعيه لان هذا الاحتيال من جانب المشرع المصرى على الاخذ بالرأى الاول فى زوال الدين وبقاء ملحقاته لا يؤثر على الحقيقة الواقعة وهو أن الدين القديم يزول ويبقى فى آن واحد ، وأن هذا الزوال والبقاء ، ولوانهما متعارضان ، الا أنهما صورة حيوية اقتضتها ضرورات المعاملات

(١) ويتفق القضاء المصرى بذلك . وقد رتب عليه هذه النتيجة المهامة ان الدين الجديد هذا لا يسقط بالمدة التى كانت مقررة لدين القديم الزائل . فاذا دفع اجنبى الى المؤجر الاجرة المستعقة له وحل محله فى حققة كان الدين الذى اصبحت له فى ذمة الملتأجر ديناً عادياً يسقط بمضى ١٥ سنة لا خمس سنوات : جزئى ٢٤ فبراير سنة ١٩١٨ م ر ١٩٠ ١٩٠ novation (٢)

وأمر بها الشارع بقوة سلطانه وسمة اشرافه كما قال بحق كولين وكابنان . وأما ما قاله دى هلس^(١) من وجود اختلاف عظيم بين القانونين المصرى والفرنسى فلا نستطيع الاخذ به لما تقدم ولانه ان صح الاختلاف تشريعاً من حيث اللفظ والتعبير فان حقيقة الحلول واحدة هنا وهناك . فاذا قل الشارع هناك بحلول الدافع محل الدائن في الحقوق واللعلى (مع أن الدين الاصلى قد انقضى وزال) وقال الشارع هنا بزوال الدين وبقاء ملحقاته (مع أنه لا سبيل الى التوفيق منطقياً بين الزوال والبقاء) فلهما معاً قالوا واختالا في التعبير فان الحقيقة الواقعة أن الحلول ضرورة عملية اجتماعية هامة ذات ثلاثة وجوه لا وجهين^(٢) . وأما نحن فنقول بثلاثة وجوه اذ يجتمع فيها أشباه ونظائر مختلفة من الوفاء وبيع الحقوق واستبدال الديون والآن نتكلم على الحلول بالرضا والحلول بالقانون ونتأرجح الحلول . ثم نمقد كلمة أخيرة لبيان القروق بين الحلول وبيع الحقوق واستبدال الديون

ب - في الحلول بالرضا

٤٢٢ - الحلول بالرضا^(٣) على نوعين حلول بالرضا بين الدائن والدائن أو بين المدين والدافع

§ ١ - في الحلول برضاء الدائن

٤٢٣ - قد يتفق الدافع مع الدائن على أن يفني بدينه في مقابل أن يحمل الدافع محل الدائن في جميع حقوقه الخاصة بالمدين . ويحصل ذلك لمناسبات عدة تطرأ على الدائن . فهو إما أن يكون في حاجة الى دينه حالاً بينما الوفاء به معقود بأجل . وإما أنه يرمى الى أن يتعاضد مقاضاة خصمه أمام القضاء . والحلول في الحالة الاولى أظهر في المجالات العملية

ويحصل للحلول بأي صيغة كانت على شرط افادة الحلول وللحلول هذا شرط من حيث الشكل وشرط من حيث الموضوع

(١) ج ٢ ص ٢٦٦ ن ٨٤ (٢) قال بالوجهين كولين وكابنان ج ٢ ص ٩٣ اول - طر من الصفحة
subrogation conventionnelle (٣)

٤٢٤ - الشكل : يجب في القانون المختلط أن يكون رضا الدائن حاصلًا بقصد رسمي (المادة ٢٢٥ قرة ١) وأما القانون الاهلي فانه لم يشترط هذا الشرط (المادة ١٦٢ قرة ١) ونمل القانون الاهلي كما فعل القانون الفرنسي في عدم الاخذ بهذا التقييد الذي ليس وراءه فائدة جديدة

٤٢٥ - الموضوع : لا بد من توافر شرطين من حيث الموضوع :

الشرط الاول : يجب أن تكون عبارة الحلول صحيحة (المادة ١٢٥٠ الققرة الاولى فرنسي) بمعنى أن عبارة الحلول لا تترك محلاً للشك وليس من الضروري استعمال كلمة الحلول بل يصح استعمال جمل أخرى تؤدي معنى الحلول^(١)

الشرط الثاني : يجب أن يحصل الرضاء بالحلول في وقت قبض الدائن دينه من الدافع (المادة ١٦٢ / ٢٢٥ مدني قرة ١ و ١٢٥٠ فرنسي قرة ١) أما اذا حصل الرضاء بالحلول بعد تمام الوفاء فانه يكون قد أزف الوقت اذ يكون الدين منقضيًا وزائلاً من عالم الوجود^(٢)

واذا كان الحلول لا يصح بعد الوفاء فهو كذلك لا يصح قبله . واتقد اعتادت شركات التأمين عن الحريق أو الحوادث الأخرى أن تضع شرطاً خاصاً بصكك التأمين يقضي بأن الشخص المؤمن له يلتزم بأن يجعل الشركة محل محله في جميع الحقوق والدعاوى ضد الغير في حلة ما اذا كان هذا الغير متبهما بالحادث أو بالحريق أو كان جازاً أو مستأجراً . وان كانت الشركة تسمى هذا الشرط بشرط الحلول الا انه في الحقيقة ليس كذلك انما هو تنازل عن حق محتمل^(٣) ويترب على ذلك ما يأتي :-

(١) ويجب عدم تنازل الدائنين عن الضمانات المقررة بديونهم وقت الوفاء اليهم اما اذا تنازلوا عنها وقت الوفاء فلا يعتبر بأن هناك حلولاً : ٢٤ فبراير سنة ١٦٠٠، ٣٢، ٩٢٠ - ويحتج بالحلول على الغير دون الحاجة الى أى اجراءات خاصة : ٢ يونيو سنة ٣٦٥٠، ٣٣، ٩٢١ - (٢) ولا عبرة بقصد الحلول اذا حصل بعد الوفاء ، بسبع سنوات لاء يجب في الحلول ان يحصل في ان واحد مع الوفاء simultanéité ولا محل هنا للاخذ بما قرره القضاء في صحة الحلول اذا كان هناك وقت بينه وبين الوفاء فاما اذا كان قد اودع للبائع لدى الدائن حق يحصل تحرير عقد الحلول لو حصل الاتفاق بالحلول تم ادخيه تحرير العقد الى وقت مقبل : ٧ فبراير سنة ٢١٦٠، ٣٦، ٩٢٤ (٣) ٢١٦٠ ، ٣٠ ، ٩٨٠ د ٤٢٥

١ - لا نستطيع شركة التأمين الرجوع على الغير وهو للسؤل عن الحريق أو الحادث ، الا اذا راعت القيود القانونية الخاصة باسقاط الحقوق أي التنازل عن الحقوق وهي اخبار الغير أو المدين بالاسقاط (أى التنازل) (المادة ٤٣٦ مدين مختلط فقرة ١ و المادة ١٦٩٠ مدين فرنسى) أى اعلان الغير يصك التأمين - أو أخذ رضاء المدين وهو الغير ^(١)

٢ - يجوز لشركة التأمين عند وقوع الحادث أو حصول الحريق أن تقاضى الغير المسئول مباشرة . بمعنى انه يجوز لها أن توقع حجزاً تحت يد الشركة المؤمنة لهذا الغير على ما أمن به هو لنفسه عما يقع منه ، وذلك دون أن تنتظر تسوية التعويض بينها وبين الشخص المؤمن عندها

وما دام أن هذا الشرط هو اسقاط كان الواجب على ذلك منطقياً أن المسقط اليه يستفيد بكل الدين المترتب في ذمة المدين لدائه . بمعنى انه اذا كان مبلغ التعويض الذى تقاضاه شركة التأمين من الغير وهو المبلغ أكبر من التعويض الذى يتقاضاه الشخص المؤمن عليه من الشركة المؤمنة . فأنها فى حل من أخذ الفرق لنفسها لانه نتيجة حتمية للاسقاط اذ بالاسقاط يتنازل المسقط عن كل ما له فى مقابل يأخذه نظير أن المسقط اليه يستفيد من الدين برمته . ولكن المقتضى به فى هذه الحالة هو أن الاسقاط هذا فى حالة التأمين لا يحصل الا بقدر ما تدفعه الشركة للشخص المؤمن عليه عندها . وأما ما زاد عن ذلك فليس لها الحق فيه بل هو من حق المؤمن عليه ، وهو المجنى عليه فى الحادث أو الحريق ^(٢) أى ان الاسقاط مقيد . والقيد هذا ضمنى

§ ٢ - فى الحلول برضاء المدين

٤٣٦ - يحصل أن للدين يسمى فى الافلات من يد دائئه الذى يضايقه من وقت لآخر فيقترض مبلغاً من المال يدفع به دينه مقابل أن يحل المقرض محل الدائن فى جميع حقوقه ودعاويه وذلك برغم ارادة الدائن مادام أنه قد استلم دينه ولا مصلحة

(١) للادة ٣٤٩ مدين أهلى والبراءة الاخيرة من المادة ٤٣٦ مختلط المسئلة بذكرتو ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ (٢) كولين وكابنان ج ٢ ص ٩٤

له في الضمانات التي كانت حامية له وفي ذلك مصلحة المدين ومصلحة للمالي القرض الذي سيحل محل الدائن ، وبوجه عام فيه مصلحة اقتصادية عامة . وقد نص الشارع الفرنسي على هذه الحالة بالمادة ١٢٥٠قرة ٢ واشترط في عقد القرض وفي الإيصال بالوفاء أن يكونا رسميين وأن يكون منوهاً بأولها أن القرض من القرض هو الوفاء ، وبثانيتها بأن الوفاء حصل من مبلغ القرض . وقد نقل الشارع المختلط هذه المادة الفرنسية ١٢٥٠ ققرة ٢ في المادة ٢٢٧ مدني مختلط ولكن الشارع الاهلي عند ما رأى أن ينقل المادة ٢٢٧ مدني مختلط هذه لم يشأ أن يقرر رسمية عقد القرض والمخالصة في الوفاء بل أطلق المادة ١٦٤ مدني أهلي من كل قيد رسمي ، وهو ذلك القيد الذي ورثه القانون الفرنسي بالمادة ١٢٥٠ ققرة ٢ عن تصريح هنري الرابع سنة ١٦٠٩ . وخيراً فعمل القانون الاهلي كما أن القانون المختلط لم يحسن العمل بتقريره هذا القيد . والحكمة من قيد الرسمية في عقد القرض هو منع حصول هذا الغش والتدليس من جانب المدين . وذلك أنه اذا اقترض مدين ورهن عقاره لثلاثة من الدائنين في تواريخ مختلفة ودفع الدين لأولهم أصبح ثانيهم في المرتبة الاولى فاذا احتاج بعد ذلك لتقود فانه يجشى أن يحصل عليها من الغير ويتفق معه على أن هذه التقود انما استخدمت للوفاء بدين الدائن الاول ويحمر سنداً ويجعل تاريخه متقدماً عن تاريخ القرض^(١) وبذلك يضر الدائن الثاني الذي أصبح في المرتبة الاولى بعد الوفاء بدين الاول . ومنعاً لهذا الغش قرر القانون الفرنسي والمختلط دون الاهلي رسمية عقد القرض والمخالصة معاً^(٢)

وكان يكفي تقرير التاريخ الثابت جرياً مع المادة ٦٠١ ققرة ٧/٢٢٧ مدني . على أن عدم النص على ضرورة اثبات التاريخ لا يستفاد منه مطلقاً بأن شرط اثبات التاريخ ليس محتماً . لان هذا الشرط واجب حتماً ما دامت أمارات الغيرية قائمة بين القرض وبقية الدائنين المرتهين ولذلك نقول بأن المادة ١٦٤ مدني أهلي ولو أنها لم تنص على ضرورة اثبات تاريخ عقد القرض فان توافر هذا الشرط مع ذلك لازم فيها لا يمكن للمقرض الافلات منه وذلك أخذاً بالقاعدة العامة المقررة بالمادة ١٤٢/٢٠٣

(١) antité (٢) كولين وكليان ج ٢ ص ٩٥

مدنى وبالمادة ٢٢٨/٢٩٣ مدنى . واذا كان القانون المصرى نص على اثبات التاريخ فى حالة الامتياز بالمادة ٦٠١/٧٢٧ فلم يخرج ذلك عن كونه تطبيقاً للنظرية العامة المقررة بالمادتين ١٤٢/٢٠٣ مدنى و ٢٢٨/٢٩٣ مدنى .

هذا وكان يجب أن تكون المادة ٢٢٧ مدنى مختلط مندرجة وواردة مع المادة ٢٢٥ مدنى مختلط وهى التى عدت أحوال الحلول اذ لا معنى لفصل حالة المادة ٢٢٧ عن أحوال المادة ٢٢٥

وكذلك الحال بالنسبة للتشريع الاهلى اذ لا معنى لبرل المادة ١٦٤ الخاصة بحالة القرض والوفاء عن المادة ١٦٢ التى ذكرت أحوال الحلول

وفى ورود الرسمية فى حالة القرض بالمادة ٢٢٧ مدنى مختلط تناقض ظاهر مع المادة ٧٢٧ مدنى مختلط ^(١) ذلك لان هذه المادة تقرر بالفقرة ٦ منها بأن من الديون المتأخرة من المبيع فيما اذا دفع الثمن من الغير ، أى غير المشتري وكان الدفع مثبتاً بسند ثابت التاريخ . بينما تقرر المادة ٢٢٧ بأن المبلغ المدفوع نمنا للصقعة يجب أن يكون بعقد رسمى حتى يتم الحلول

أما القانون الاهلى فلا تناقض فيه اذ المادة ٦٠١ قرة ٧ المقابلة للمادة ٧٢٧ مدنى مختلط قرة ٦ تقول هى أيضاً بالتاريخ الثابت فى تقرير الامتياز . ولا تعارض فى ذلك مع المادة ١٦٤ مدنى اهلى التى لا تحتم رسمية عقد القرض

هذا وقد قرر قانون التسجيل الصادر أخيراً فى ٢٦ يونيو سنة ٩٢٣ رقمى ٢٨ و ١٩ بالمادة ١٣ بأنه « لا يصح التمسك فى وجه الغير بتحويل دين مضمون برهن عقارى أو امتياز عقارى ولا التمسك بالحق الناشئ من حلول شخص محل الدائن فى هذه الحقوق بحكم القانون أو الاتفاق ولا التمسك كذلك بالنزاعل عن ترتيب الرهن العقارى الا اذا حصل بذلك بهامش التسجيل الاصلى . ويتم التأشير بناء على طلب المحول اليه أو الدائن المرتبهن أو الذى حل محل الدائن السابق . ويشتمل التأشير أولاً على تاريخ السند وصفته ، ثانياً : على أسماء الطرفين والقابهم وصناعاتهم ومحل اقامتهم ، ثالثاً : على بيان التسجيل الاصلى مع نمرة المسلسلة وتاريخه ورقم صفحة السجل ٢٢ »

٥ - في الحلول بالقانون

٤٢٧ - الحلول بالقانون يحصل بقوة القانون وسلطانه ^(١) دون الحاجة الى رضا الطرفين فيه . وقد وردت أنواع هذا الحلول بالمادة ١٦٢ / ٢٣٥ مدنى و ١٢٥١ فرنسى وبمواد أخرى متفرقة .

وتنقسم هذه الأنواع الى طائفتين

٤٢٨ - الطائفة الأولى : الأحوال التى تدخل ضمن هذه الطائفة هى الأحوال التى يكون فيها الدافع ملزماً بالدين هو الآخر مع الدين (المادة ١٦٢ فقرة ٢ / ٢٣٥ مدنى) فإذا طالبه الدائن وجب عليه الوفاء والعدل يقضى فى هذه الحالة أن تقرر له الضمانات التى كانت مقررة للدين الموفى به حتى يضمن بذلك مقبلة الرجوع بما دفعه عن الدين الأصلي كلاً أو بعضاً على حسب مقدار المنفعة التى تعود على الدين وحده من الدين . وأحوال هذه الطائفة هى :

(١) يحصل الحلول بقوة القانون : « اذا كان الدافع ملزماً بالدين مع الدين أو بوفائه عنه » (المادة ١٦٢ فقرة ٢ / ٢٣٥ مدنى و ١٢٥١ فقرة ٣ فرنسى) وتشمل هذه الصيغة العامة الاشكال المختلفة التى يتصف بها الدافع . والدافع إما أن يكون مدينًا أصلياً ^(٢) فى التزام بالتضامن أو فى التزام غير قابل للتجزئة ، وإما أن يكون مدينًا تابعاً أو منضمًا ^(٣) كأن يكون كفيلاً بشخصه أو كفيلاً بماله ^(٤) وهو الكفيل الذى يرهن عقاره ضماناً للدين ليس له شأن فيه ، وإما أن يكون حائزاً للمعار ^(٥) بأن يكون مشتركياً مثلاً للمعار المرهون .

فإذا جاء المدين المنضم باعتباره كفيلاً بشخصه أو كفيلاً بماله أو حائزاً للمعار ودفع الدين انحصاراً بالدين الأصلي حل حينئذ محل الدائن الموفى بمحقة فى جميع حقوقه ودعاويه ورجع بكل ما دفعه على المدين الأصلي ^(٦) .

أما اذا كان الدافع مدينًا بالاشتراك مع المدين الأصلي ^(٧) فلا يرجع على هذا

debiteur accessoire (٣)	debiteur principal (٢)	ipso jure (١)
١٩٦٠ ٣١٠ ٩١٩ مارس سنة ١٩٦٠ (٦)	tiers détenteur (٥)	caution réelle (٤)
		codébiteur (٧)

الأخير إلا بقدر ما انتفع به الدين الأصلي من هذا الوفاء أى لا يرجع بكل الدين وذلك لأنه دفع أيضاً عن نفسه قيمة ما اشتغلت به ذمته (للمادة ١١٥/١٧١ مدنى و١٢١٤ فرنسى).

وقرر القضاء الفرنسى حالة ألحقها بهذه الاحوال الخاصة للمادة ١٢٥١ فقرة ٣ . وهى ما اذا كان الدافع مستولاً بطبيعة صناعته عن نتائج اهراله فى القيام بالاجراآت المطالب بها . وفى هذه الحالة يعتبر كأنه ملزم بالوفاء بالتيابة عن الدين ^(١) وهذا الرأى من الوجهة بمكان ويمكن تعميمه على جميع الاحوال المشابهة ^(٢)

وعلى العكس من ذلك ، القضاء الفرنسى فإنه لم يشأ تقرير الحلول القانونى وامتيازاته للشركة المؤمنة فيما يتعلق بالحقوق التى تقرر للشخص المؤمن له ضد الغير المنسوب له الحادث ^(٣) وذلك لان المؤمن فى دفعه المبلغ للمؤمن له انما يدفع ديناً شخصياً التزم به بمقتضى عقد التأمين وانه لا علاقة البتة بين دين المؤمن الناشئ عن عقد التأمين والتزام الغير الناشئ عن العمل المسبب لحادث الحادث . ولا يمكن القول مطلقاً بأن المؤمن كان مستولاً مع الغير وهو لانهم ، عن دين واحد ^(٤) وهذا الرأى وجيه من الوجهة القانونية ولكنه محل نظر من وجهة العدالة

٣ -- ويحصل الحلول بقوة القانون فى مصلحة مشترى العقار ، الذى يخصص ثمن الصمقة للوفاء بدبون الدائنين المرتبطين للعقار . وهذا ما تقول به المادة ١٦٢ فقرة ٣ العبارة ٢ / ٢٢٥ فقرة ٣ العبارة ٢ مدنى و١٢٥١ فقرة ٢ فرنسى . حيث قررت ما يأتى : « ثالثاً — اذا كان الدافع دائئاً وفى لدائن آخر مقدم عليه بحق الامتياز أو الرهن أو أدى ثمن عقار اشتراه للدائنين المرتبطين لذلك العقار » . وذلك لان المشترى ملزم اما بالتخلى عن العقار المرهون للدائن المرتهن من حق التبع ، واما بدفع دين الدائن المرتهن . فلذا دفع الدين حل بقوة القانون محل الدائن المرتهن الموفى بدينه (المادة ٥٧٥ ٦٩٨ مدنى و٢١٦٨ فرنسى)
ويلاحظ على المادة المذكورة ما يأتى :

(١) د ٧١٠١٠٩٠٠ س ١٢١٠١٠٨٩٠ (٢) د ٢٤٦٠١٠٩٩٠ س ٢٧٧٠١٠٩٠٠ س ٢٧٧٠١٠٩٠٠

(٣) د ٣٤٥٠١٠٧٨٠ س ٤١٣٠١٠٧٨٠ (٤) كولين وكابان ج ٢ ص ٩٦

(١) منه الوجبة القسرية : ما كانت هناك حلجة للنص على حالة المشتري للعقار بنص خاص قائم بذاته لان الحلول القانوني حتى في هذه الحالة اذ يدخل المشتري الذي دفع الدين للدائن المرتهن ضمن الفقرة ٢ من المادة ١٦٢/٢٢٥ مدني والفقرة ٣ من المادة ١٢٥١ فرنسي ، لانه ملازم بالوفاء ، مع المدين ، فاذا لم يدفع وجبت عليه التخلية ^(١) تنفيذاً لحق التبع المقرر للدائن المرتهن ^(٢)

(٢) من الوجبة الموضوعية : المشتري الحازر للعقار المرهون واحدة من أربع طرق . اذ له : (١) إما دفع الدين وبطل محل الدائن في حقوقه . - (٢) واما أن يعرض الثمن على جماعة الدائنين المرتهنين . - (٣) واما أن يتخلى عن العقار . (٤) واما أن يتحمل الاحراءات القضائية في نزاع الملكية (المادة ٥٧٥/٦٩٨ مدني و ٢١٦٨ فرنسي) فلماذا حينئذ يختار المشتري الطريقة الاولى دون الثانية ؟ مع أن في الاولى خطراً محدقاً به . لأنه مع وفائه بدین الدائن الاول وحلوله مكانه في جميع حقوقه يظل مهدداً مع ذلك من جانب الدائنين الآخرين اللاحقين في ترتيبهم حيث يمكنهم أن يطالبوا هم الآخرون بحق تتبع العقار ^(٣) ويعملون على بيعه بالزاد الجبري (المادة ٥٧٣/٦٩٧ مدني و ٢١٦٦ فرنسي) . أليس الافضل له أن يختار الحق الثاني وهو عرض الثمن على جماعة الدائنين بوزعونه فيما بينهم وبذلك يتحرر العقار من كل رهن ويزول ما تحمل به من الحقوق العينية العقارية وهذا ما يسمى بعملية التطهير أي تخليص العقار من الرهون ^(٤) وليس في احراءات التطهير من التعقيد بقدر ما يحقدق به من خطر حق تتبع الدائنين اللاحقين . الاعتراض وجيه في ذاته ولكن قد تقع حالات يصح الاخذ فيها بالطريقة الاولى وهي الحلول باعتبارها أنها أفضل من عملية التطهير . ذلك أنه يحتمل أن يكون للمشتري واقفاً بأنه دفع في الصفقة أكبر ثمن تقدر به . فاذا دفع مبلغ الثمن هذا الى الدائن الاول فقد توفرت عليه وقتئذ مصاريف المراض واجراءاته ، وهو في الغالب يفلت في هذه الحالة من

(١) délaisser l'immeuble المواد ٥٧٤ / ٦٩٧ و ٥٧٥ و ٥٨٥ و ٦٩٨ و ٧٠٩

(٢) ٥٧٣ / ٦٩٧ مدني و ٢١٦٦ فرنسي (٣) droit de suite (٤) purge

خطر احتمال حق تتبع الدائنتين اللاحقين الآخرين الذين يأتون في مراتب الرهن بعد مرتبة الدائن المرتهن الذي قبض دينه وانصرف : ولكن ما هي كيفية الخلاص من هذا الخطر المحتمل ؟ الخلاص منه هو أنه بوفائه بدين الدائن الاول فقد حل محله بالحلل القانوني . أي أصبح وكأنه له رهن على عقاره هو ، أي محمل برهن له على نفسه . وفي هذه الحالة يتحاشى الدائنون اللاحقون عن اللص في سبيل العمل بحق التبع وبيع العقار بالمراد الجبري ، لانهم اذا فعلوا ذلك رأوا أن المشتري الحائز العقار والحال محل الدائن الاول أصبح مقدما عليهم عند توزيع الثمن فيدفع الثمن له وحده وفاء بدينه ولا يبقى لهم شيء ما ، وقد يخرجون بعد هذه الاجراءات الطويلة والمصاريف المديدة دون أن يصيبوا النذر القليل في الوفاء بديونهم . وبالطريقة الاولى هذه يصبح للمشتري وكأنه قد قام بعملية تطهير العقار من الحقوق العينية المحمل بها .

اذ النتيجة في الحالتين سواء وبذا يقتصد اجراءات ومصاريف التطهير (المواد ٥٧٦ - ٥٨٣ / ٧٠٢ - ٧٠٦ مدني الخاصة ببيان الاجراءات)

٤٢٩ - الطائفة الثانية : هذه الطائفة خاصة بمن يدفع الدين ولم يكن ملزماً بالوفاء مع المدين الاصل أو لأجله . ويحصل ذلك فيما يأتي :

١ - « اذا كان الدافع دائناً ووفى لدائن آخر مقدم عليه بحق الامتياز أو الرهن العقاري . » (المادة ١٦٢ / ٢٢٥ مدني و ١٢٥١ فقرة ١ فرنسي) ويقع الحلل بقوة القانون سواء كان الدافع دائناً عادياً أو دائناً مرتبناً وكان متأخراً في الدرجة . ولكن ما هي مصلحة الدافع حينئذ في هذا الدفع ، وإلى أي شيء يرمى ؟ تظهر مصلحته في حالتين

الحالة الاولى : يحصل أن الدائن المتقدم في الدرجة يسارع الى نزع الملكية والبيع الجبري في وقت يلحظ فيه الدافع بأنه وقت بخس في الائتمان . ويخشى الدافع انه لو ترك البيع الجبري يجري في مجراه لكان من شأن بخس الثمن أن يخرج ولم يتقاض دينه ولذا يتطوع بلوفاء لهذا الدائن المسارع ويحل محله ويتجنب القرص المناسبة في غلاء الائتمان فيصيب الوفاء بدينه كاملاً . هذا الدافع مضارب^(١) وهو يعمل

المادة الثانية : يحصل أن ينال الدافع ضمانات أخرى غير المقررة على المقار المرهون وذلك في فرنسا في حالة ما إذا كان للدائن الموفى بدينه رهن عام ^(٢) يتناول عقارات أخرى ^(٣) وفي مصر في حالة ما إذا كانت له رهون على عقارات أخرى

٢ - نص القانون الفرنسي على حالة الوارث بشرط الجرد^(٦٧) (المادة ١٢٥٤
فقرة ٤) فيما اذا دفع ديناً مطلوباً على تركه مورثه وكان الدفع حاصلًا من ماله الخاص
وهو يرمى بذلك الى توفير مصاريف مقاضاة التركة في وجه الورثة جميعا بمعرقه
دائتي التركة، وأن يحول دون يعها ببخس الثمن في المزاو الجبرى . هذا الحلول
القانونى لم ينص عليه القانون المصرى أهليا كان أو مختلطًا ولكن يجوز الاخذ به

٢٢٥٠١٠٩٠٩٠٥ (٣) hypothèque générale (٢) se faire reporter (١)
 « Maurice Bernard ومال دى لوان - de Loynes ١٨٩٠١٠٩٠٦ س.م و مال دى لوان
 héritier sous (٦) procédure d'ordre (٥) ٩٨ س ٢ كولين وكابتن ج (٤)
 héritier bénéficiaire أو bénéfice d'inventaire

٣ — نص القانون الفرنسى الصادر فى ٩ ابريل سنة ١٨٩٨ الخاص بمحوادث العمل بأنه اذا دفع رب العمل قيمة المطلوب منه للعامل لمناسبة الحادث الذى وقع اضراً بهذا الاخير ، فلصاحب المصنع هذا حق الرجوع ، بطريق الحلول القانونى ، على المسئول عن الحادث ، وهو فى ذلك يعمل بالحقوق المقررة للمصاب قبل المسئول عن الحادث

هذا القانون الخاص بمحوادث العمل لا شبيه له بمصر . وما كان هذا الحلول القانونى يدخل فى منطوق المادة ١٢٥١ فرنسى المقابلة للمادة ١٦٢/٢٢٥ مصرى بل كان لا بد فيه من نص صريح بقانون خاص. ذلك لان دين صاحب المصنع قبل العامل هو غير دين المسئول عن الحادث قبل العامل المصاب : لان صاحب المصنع مسئول بمقتضى مبدأ مخاطر الحرفة^(١) أما المتسبب فى الحادث فانه مسئول عن جنحته أو شبه جنحته طبقاً للمادتين ١٣٨٢ و ١٣٨٣ فرنسى المقررتين للمسئولية بوجه علم وهما المقابلتان للمواد ١٥١/٢١٢ — ٢١٣ مدنى مصرى

ومع عدم وجود قانون لحوادث العمال بمصر وعدم النص الصريح على الحلول القانونى لا يمكن الاخذ بالحلول القانونى بمصر فى هذه الاحوال ، ولو أننا نقول دائماً وأبناً وبلا تردد بضرورة الاخذ بنظرية مخاطر الحرفة^(٢) مخالفين فى ذلك القضاء المصرى الاهل والخطاط ومؤيدين فيه ببعض أحكام القضاء الفرنسى قبل سنة ١٨٩٨ وبعدها . ومع أخذنا بنظرية مخاطر الحرفة فانه لا بد من نص لان الدين المدفوع من رب العمل هو غير الدين المسئول عنه المتسبب فى الحادث . وقد لاحظنا أن وحدة الدين فى الحلول أمر لا بد منه وبغير الوحدة لا يتحقق الحلول

هـ — فى نتائج الوفاء بالحلول

٤٣٠ — يسهل بعد ما تقدم معرفة هذه النتائج وقد ذكرناها عرضاً فيما سبق والاصل الذى تدور حوله هو أن الدافع يحل محل المدفوع اليه فى الدين وضمانات

الدين^(١) فهو يطالب بالدين وملحقات الدين . وهذا على خلاف ما قاله القانون المصرى بالنص فى المادة ٢٢٥/١٩٢٢ العبارة الاولى فى أن الدين الاصلى يزول ويتكون دين جديد للدافع . وقد بينا عدم صحة هذا التعبير فى مكانه فلا حاجة للعودة اليه .

٤٣١ - أما هذه النتائج فهى ما يأتى :

- (١) اذا كان الدين تجارياً جاز للدافع مخاصمة الدين أمام المحكمة التجارية
- (٢) اذا كان الدين للدفوع ثابتهً بسند رسمى فللدافع حق التنفيذ مباشرة على الدين دون الحاجة الى دعوى بتقرير الدين ، الا اذا كان مبلغ الدين غير مصفى فانه لا بد من دعوى بالتصفية (المادة ٣٨٤/٤٣٧ مرافعات)

(١) واذا كان لداين حق رهن على جثة عقارات ونزع ملكية احيائها وبذا اضر بهائن آخر بأذى يدمه فى المرتبة فى هذا المقار المزوع ملكيته évincer فلا يجوز لهذا الدائن الاخر الادعاء بالحلول المقرر بالمادة ٢٢٥ مدنى مختلط الفقرة ٣ ، اى يدعى حله بحمل الدائن نزع الملكية فى المقارلات الاخرى: ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٠ ، ٣٨١ ، - راجع ٢٦ ، ٢٨٦ ، - ٢٧ ، ٩٤ ، - ٣٠ ، ١١٥ ، و ٤٨٨ ، - واذا دفع المشتري الثمن عن عقار مرهون للدائن المرتين فانه يحل محل هذا الدائن فيها دفعه . ويحصل للحلول بقوة القانون بلا حاجة الى اى اجراء خاص : ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ ، ٣٥ ، ٥٣٠ ، - راجع ٢٧ ، ٩٤ ، ٣٣ ، - ٢٦٥ ، - ومن دفع عن الدين وحل محله فيها دفعه فلا يجوز له ان يطالب بتعويض باكثر من الفوائد القانونية المقررة بالمادة ١٨٢ مدنى مختلط : ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٣ ، ٣٦ ، ١٠٩ ، - ولا يستفيد من الفقرة ٣ من المادة ٢٢٥ مدنى مختلط اى لا يجوز الاخذ بالحلول فى حالة ما اذا كان احد الدائنين المرتين للعقار والمتأخر فى المرتبة عن زملائه قد اشترى العقار ورصد الثمن وفاء لديون زملائه السابقين عليه فى تاريخ الرهن ليوزع عليهم بالطرق القانونية ، لا يجوز له الاخذ بالحلول فيما اذا لم يقبض اسمه فى قائمة التوزيع colloqué : ذلك لان الوفاء فى هذه الحالة من جانب هذا للمشتري الدائن المتأخر فى المرتبة ، الى الدائن المتقدم عنه فى المرتبة الذى يفضل وقت اتوزيع qui le prime ، هذا الوفاء انما المقصود به ان يفي هو بدينه الخاص به . الا انه مع ذلك يجب ان يخصم ما دفعه من المبلغ المطلوب توزيعه ٢٤ ابريل سنة ١٩٢٣ ، ٣٥ ، ٣٩٨ ، - وليس بالقانون ما يعجل الاخذ بالمادة ٢٢٥ مدنى مختلط فقرة ٣ مقصوداً فقط على المقار المرهون للدائن المدفوع اليه دينه . ومع ذلك لا يجوز للحائز للعقار التمرض للدائن الذى حل محل زميله بشأن هذا العقار والادعاء باسبقية تسجيل عقده لا بالنسبة للعقار المذكور ، بل بالنسبة لمقار آخر مرهون للدائن الذى تسلم دينه وانصرف وحل محله من دفع له ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٤ ، ٣٦ ، ٢٤٢ ، - وللدائن الحلق فى استخدام الرهن الموقع على العقار الذى لم يكن مرهوناً له بالذات لاجل حماية الرهن المقرر له خاصة على عقار اخر . والحصم الحكوم لمصلحة اذا دفع المصاريف لتعلم الكتاب حل محل هذا الاخير فى حقوه : استئناف مايو سنة ١٩١٣ ، م ١٤٠٩ ص ٢٠٢

(٣) يجوز للدافع حق رفع دعوى الفسخ اذا كان المدفوع اليه بائناً ولم يدفع المشتري الثمن^(١)

(٤) اذا حل الدافع محل دائن نازع للملكية جزله الانتفاع بما كان مقرراً لنزع الملكية من الحقوق على ايجار العقار (د، ٩١٣، ١، ٤٧٣)

(٥) يجوز للدافع خصامة الكفلاء اذا أعسر المدين الاصلى .

(٦) والدافع أيضاً حق الانتفاع بما كان ينتفع به الدائن الموفي بحقه كدعوى المطالبة بتعويض أو دعوى الابطال^(٢) للقررة ضد الاعمال السالبة الصادرة من المدين^(٣)

والذى يفهم من مجموع هذه النتائج أن هناك بعض الشبه بين الحلول وبيع الحقوق وليس من شأن الشبه هذا أن يدمج الحلول في بيع الحقوق بل هناك فروق هامة بين الاثنين تحول دون هذا الادماج لان من المهم معرفته أن الدافع قد دفع فعلاً الى الدائن وأن الغرض من الحلول ان هو الا تقرير ضمان للدافع في تحصيل دينه. وعلى ذلك:

١ - اذا دفع مبالغاً أقل من الدين فلا يجوز له مطالبة المدين بأكثر مما دفعه في حالة للحلول . وأما في حالة بيع الحق فانه مما لا شك فيه بأن المشتري يطالب المدين الاصلى بمجملة الدين لا بما دفعه فقط فيما اذا كان أقل من الدين

وهذا الفرق في الرجوع على الدين يرجع الى الاختلاف الحاصل في العمليتين القانونيتين للحلول والبيع . لان الدافع في حالة الحلول ليس مضارب بالاربح الى كسب المال انما هو يعمل من طريق المجاملة أو تقوية مصلحته بقصد الرجوع بما دفعه فقط ليس غير . والامر على خلاف ذلك بشأن المشتري للحق^(٤) فانه مضارب بالمعنى الصحيح لانه يرمى بما يدفعه قليلاً الى أن يكسب كثيراً

٢ - اذا كان الدافع في حالة الحلول أحد الملتزمين الاصليين الشركاء في الدين^(٥) كأن يكون مدينًا شريكاً^(٦) في التزام بالتضامن^(٧) أو في التزام غير

(١) س. ١٠٩٥٠، ١٠٩٢١ - ٣٢١ - ٥٨٥، ٩٦، د. ومقال دى لوان De Loynés « .

س. ١٠٩٥٠، ١٠٩٢١ ومقال دى لوكوست Lacoste « ١١٠١، ٩٠٥، د.

(٢) action Paulienne (٣) actes d'appauvrissement (٤) ١٠٩٥٠، ١٠٩٢١ -

س. ١٠٩٩، ١٠٩١٠ (٥) transport - cession (٦) co-obligés principaux (٧) obligation solidaire codébiteur

قابل للانقسام^(١)، فانه لا يطالب المدينين الا بقدر نصيب كل واحد على حدة (المادة ١١٥/١٧١ مدني و١٢١٤ فرنسي). والحال كذلك فيما اذا كان الدين مكفولاً ببضعة كفلاء ودفع أحد الكفلاء الدين فانه لا يرجع على بقية الكفلاء الا بقدر ما يصيب كل واحد منهم في الدين (المادة ٥٠٦/٦١٨ مدني و٢٠٣٣ فرنسي). ففي هذه الاحوال لا يستفيد الدافع بالتضامن ولا بعدم قابلية الدين للانقسام كما كان يستفيد منهما الدائن المدفوع اليه. وهو في ذلك أقل ضماناً من الدائن نفسه. ولماذا ذلك مع انه مخالف للنتائج المنطقية المعقولة لمبدأ الحلول؟ السبب فيه هو أن الدين يجب توزيعه في الاصل على جميع المسؤولين به أي أن المسؤولين به لا يلتزمون فيما بينهم الا بقدر نصيب كل واحد منهم، بخلاف التزامهم أمام الدائن الاصلى فاهم ملتزمون بجميع الدين أمامه

واذا كان الدافع لا يرجع على كل واحد الا بقدر نصيبه فانه لا يرى له ضماناً في دفع الدين عنهم جميعاً ما دام أن الحلول لا يمكنه من الضمان الذي كان مقرراً من قبل للدائن وهو مطالبة الجميع بالتضامن. ولكن يحصل أن تثبت له مصلحة في ذلك الضمان ذلك انه يحل محل الدائن في الامتيازات والرهونات التي تضمن لكل مدين نصيبه في الدين. فاذا وجد مدينون ثلاثة متضامنون ورهن أوفهم عقاره ضماناً للدين كله وكان الثاني ممسراً ودفع ثأبهم الدين جميعه: ففي هذه الحالة يوزع نصيب الممسر على الاثنين الآخرين بحيث يرجع الدافع بنصف نصيب الممسر على الاول. والرهن ضامن له الوفاء بنصيب الاول ونصف نصيب الممسر (المادة ١١٥/١٧١ مدني و١٢١٤ فرنسي) (٧) النتيجة السابعة للحلول هو انه اذا دفع الدافع جزءاً من الدين للدائن فان لهذا الإخير الحق في الحصول على بقية دينه بالضمانات المقررة له من قبل (المادة ١٢٥٢ مدني فرنسي) أي أن الحلول هنا لا يضر بالدائن^(٢) ويحصل أن المقار لا يأتي بشمن الا بقدر الباقي فيخرج الدائن كملل الوفاء ويخرج الدافع ولم يتقاض شيئاً مما دفعه مثال ذلك اشترى زيد عقاراً بمبلغ ٢٠٠٠ جنيه على قسطين ولما حل القسط

(١) obligation indivisible (٢) وممتانها لا يمكن ان يضر الحلول بمن قبل به Nemo censetur subrogasse contra se

الاول لم يستطع الدفع فاقترض هذا القسط من مقرض وأحله محل البائت ثم حل القسط الثاني فلم يدفع فنزع البائت الملكية وفاء للالف الباقية فيبيع العقار بملزاد بألف . هذا الالف يأخذه البائت دون المقرض . وأما اذا بيع العقار بألف وزيادة دون الالفين كانت الزيادة من حق المقرض

أما اذا كان الدفع للبائت الدائن قد حصل من طريق شراء الحق ، بان باع البائت القسط للغير ، فان المشتري في هذه الحالة يزاحم البائت في قيمة العقار . فاذا بيع العقار بألف وزعت الالف مناصفة على البائت ومشتري الحق لان أصل سند كل واحد بألف (٨) والنتيجة الثامنة للحلول أن الدافع اذا دفع للدائن بقية الدين فانه يستفيد من الحلول فيما يتعلق بهذه البقية بمعنى انه يصبح مفضلاً عن الدافعين الآخرين قبله والمتسمتين بالحلول عن المبالغ الاولى

ففي المثال المتقدم الذي ذكرناه بالنتيجة السابعة اذا دفع دافع القسط الثاني بعد ان دفع دافع اخر القسط الاول فان الدافع الثاني يحل محل الدائن في الأفضلية بمعنى أنه اذا بيع العقار بألف تقاضى الدافع الثاني الألف هذا دون الدافع الأول لانه حل محل الدائن البائت في هذا الألف ومادام أن الحلول الأول لا يضر الدائن فيما تبقى له فيجب أن يستفيد من هذه الأفضلية من يحل محله أيضاً في هذا الباقي . وأما اذا بيع بأكثر من ألف ودون الالفين كانت الزيادة عن الألف الأول من حق الدافع الأول.

ولكن هذه النتيجة الثامنة وهي أفضلية الدافع للباقي على الدافعين الأولين تختلف في أمرها والآراء فيها متعارضة اذ قضى القضاء الفرنسي بأن الأفضلية هذه هي شخصية بمحة وخاصة فقط بشخص البائت وأنها لم تنتقل الى الدافع البقية بطريق الحلول (١) . وقال بهذا الرأي القانونيون الفرنسيون المعروفون قبل سن قانون نابليون سنة ١٨٠٤ . فقد قرر بوتيه بأنه اذا استلم الدائن جزءاً من دينه من جلة أشخاص وأحلام محله في هذه الأجزاء التي تقاضاها منهم ، فانه من الواجب على هؤلاء الأشخاص الدافعين أن يتقاضوا ما دفعوه كل بنسبة ما دفعه (٢) . وأن يكون الدائن

(١) ٧٣.٢.٩٠.٣.د ومقال « Cézard-Bru » س. ٢٠٠.٢.٩٠.٤.د ٢٠٠.٢.٩١.د

٢٠٠.٢.٩١.٤.د والتطبيقات على هذه الاحكام (٢) par concurrence

مفضلاً عنهم في تقاضى بقية الدين الباقية له قبلهم . وهذا القول من بوتييه يدل على أن حق الأفضلية هذا لم ينقل الى الدافع الأخير إضراراً بالدافع الذى جاء قبله هذا وما دام أن حق الأفضلية في تقاضى بقية الدين قبل الدافعين الأولين هو من حق الدائن الأصلي فله التنازل عنه للدافع الأول أى أنه يترك الدافع الأول يتقاضى مبلغه أولاً فإذا زاد شيء كان من حق الدائن وإذا لم يبق شيء فليس له اعتراض ما . وهذا ما يجرى عليه العمل عادة فيما إذا كان الدافع غير ملزم بالدفع حتى يضمن بذلك أخذ مادفعه ^(١) .

و - في مقارنة الحلول ببيع الحقوق ^(٢)

٤٣٢ - قلنا بوجود بعض الشبه بين الحلول وبيع الحقوق . ولقد نشدت أوجه الشبه أحياناً فبدق معها التمييز بينهما (س ، ١٩٠٨ ، ٢ ، ١٨٥ ، ومقال « فاعل » ^(٣)) ولكن مع ذلك فانهما مختلفان كل الاختلاف وترجع أسباب الاختلاف على الاختصاص كما قررنا الى أن يبيع الحقوق هو عمل مضاربة أى بيع بالمعنى الصحيح . أما الفروق بينهما فهي ما يأتي :

(١) ان بيع الحقوق هو دائماً عمل ارادى أى يحصل بمحض ارادة الدائن المسقط ^(٤) أو المسقط اليه ^(٥) بخلاف الحلول فانه يكون أحياناً الزامياً بالنسبة للدائن مصدر الحلول ^(٦) سواء كان الالتزام آتياً من جانب المدين أو من جانب القانون . أي أن الاختيار لازم للبيع بالنسبة لطرفيه بخلاف الحلول فقد يحصل أن يقع رغم ارادة الدائن أو برغبة المدين أو حكم القانون

(٢) لا يجوز للدافع الحال ^(٧) أن يطالب المدين الأصلي بأكثر مما دفعه الدائن . وأما المسقط اليه وهو المشتري للحق فله على العكس من ذلك ، الحق بمطالبة المدين بالقيمة الأصلية للدائن ، لا بما دفعه هو ثمناً للصيغة

(١) كولين وكاتين ج ٢ ص ١٠١ - بلانيول ص ١٦٧ ن ٥١٥ (٢) بلانيول ص ١٦٩ ن ٥٢٠ وما بعدها - كاتين ص ١٠١ (٣) Wahl (٤) créancier cédant (٥) le subrogé (٦) le subrogeant (٧) cessionnaire

(٣) ليس الدافع ملزماً بأخذ رضاء المدين عند الوفاء للدائن أو اخباره بذلك : بخلاف الاسقاط فان المشتري ملزم بأخذ رضاء المدين في القانون الاهلي (المادة ٣٤٩ مدني) وبدونه لا يصح الاسقاط . وأما في القانون المختلط (المواد ٤٣٥ و ٤٣٦ مدني) فلا حاجة لهذا الرضاء وكذلك في القانون الفرنسي (المادة ١٦٩٠) انما لأجل أن يكون الاسقاط حجة على المدين وعلى الغير فيما يتعلق بصحة الوفاء الصادر من المدين يجب اما أخذ رضاء المدين بالبيع بورقة ثابتة التاريخ أو اعلانه على يد محضر

(٤) ان السقط ملزم بالضمان نحو السقط اليه لانه مادام بائناً فانه يجب عليه أن يضمن المشتري وجود الصفة بالفعل والواقع (المادة ٣٥١ / ٣٣٩ مدني و ١٦٩٣ فرنسي) . وعلى العكس من ذلك الدائن في الحلول فانه ليس محملاً بالتزام الضمان هذا قبل الدافع

(٥) في حالة الحلول اذا دفع الدافع بعض الدين ، فانه يجوز للدائن الاستعانة بالضمانات الخاصة بالدين لأجل أن يتقاضى بقية الدين حتى ولو كان في ذلك ضرر بالدافع . وأما في حالة بيع الحقوق فان البائع ملزم في حالة أخذه جزءاً من الثمن ، أن يتنازل المشتري عن قدر من الضمانات بنسبة ما يضمن له ما دفعه

ز — في مقارنة الحلول باستبدال الدين

٤٣٣ — يختلف الحلول عن استبدال الدين الحاصل بسبب تغيير الدائن فيما يأتي :

- (١) في الاستبدال لا بد من أخذ رضاء المدين . وأما في الحلول فلا
- (٢) في الاستبدال لا بد من أخذ رضاء الكفلاء الذين كفلوا المدين كفالة شخصية (١٩٠ / ٣٥٤ مدني و ١٢٨١ فرنسي)
- (٣) اذا كانت الضمانات عينية فاتها لا تنتقل الى الدائن الجديد الا برضائه ورضاء الدائن القديم ورضاء المدين (المادة ١٨٩ فقرة ٣ / ٢٥٣ مدني و ١٢٧٨ فرنسي)

(٤) أن نقل الضمانات العينية هذه لا يعتبر حجة على الغير الا اذا كان حاصلًا ب عقد رسمي وفي وقت حصول الاستبدال (المادة ١٩١ / ٢٥٥ مدني)^(١)

٢) في استبدال الالتزام

٤٣٤ - هذا هو النوع الثاني الذي ينقضى به الالتزام^(٢) وهو يشبه مع الاحالة^(٣) ونص عليها معاً القانون الفرنسي للمادة ١٢٧٥ في الفصل الذي عقده لاستبدال الدين . ولم يكن لهذه المادة شبيهة بقانون المصري ولكن القاعدة المقررة لها مستنبطة من الاحكام العامة الخاصة بالالتزامات . ولقد ورد الاستبدال مع الاحالة معاً بموسوعات جوستينيان وبمجموعة قوانينه

وان كان هناك تشابه بين الاستبدال والاحالة إلا انهما يمتازان عن بعضهما البعض . وفي بعض الاحوال يعتبر الاستبدال احالة ولذا يسمى بالاحالة الكاملة^(٤) ولهذا يشتركان معاً في زوال الدين الاصلى وظهور دين جديد كما سيتبين مما يلي والآن نبدأ القول بالاستبدال ثم نشفعه بالاحالة

١ - في كيفية حصول الاستبدال

٤٣٥ - الاستبدال عمل قانوني ذو غرضين اذ يقضى على الالتزام السابق ويحل به بالانزام جديد (المادة ١٨٦ / ٢٤٩ مدني) ويحصل هذا الاحلال بواحدة من ثلاث من الطرق : اما بتغيير في الدين واما بتغيير في المدين واما بتغيير في الدائن (المادة ١٨٧ / ١٥٠ مدني ١٢٧١ فرنسي)

٤٣٦ - الطريقة الاولى : تغيير في المدين : وذلك أن الدين الاصلى يزول ويأتي دين جديد . ويختلف الدين الجديد عن القديم اما بتغيير في محل الالتزام أو في سببه

(١) دي مجلس ج ٢ من ٧٧ ن ٨٧ (٢) ويسمى novation (٣) délégation (٤) délégation parfaite

(١) التغيير في محل الالتزام : يراد بمحل الالتزام موضوعه ^(١١) أى ما يقوم به المدين في الوفاء . كأن يكون المدين ملزماً بدفع مبلغ معين من المال فيتفق مع الدائن على أن لا يدفع هذا المال نظير ان يقوم بدفع مرتب سنوى طول حياة الدائن ^(١٢) أو أن يتفق المدين بالمرتب ^(١٣) مع دائئه ^(١٤) على أن المبالغ المتجمدة من المرتب والتي لم تدفع بعد ^(١٥) تعتبر من الآن كمبلغ مستقل بفوائد معينة وتبقى تحت يد المدين كقرض ^(١٦) (المادة ١٨٧ / ٢٥١ مدنى فقرة أولى و ١٢٨١ فقرة ١ فرنسى) ^(١٧)

'التغيير في سبب الالتزام' : يقع التغيير هذه المرة في سبب الالتزام ^(١٨) كما يحصل عادة في المجالات العملية والتجارية ^(١٩) في الحساب الجارى ^(٢٠) بين صاحب المصنع ^(٢١) والوكيل بالعمولة ^(٢٢) أو بين التاجر وصاحب المصرف المالى ^(٢٣) أو التمويل ^(٢٤) وذلك أن يتفق الطرفان بأن تحصر المعاملات الحاصلة بينهما بعد زمن يقدراه كثلاثة أشهر وتحصل تصفية هذه الالتزامات التى قامت بين الطرفين ثم تؤخذ النتيجة في التصفية وتعتبر مبلغاً موحداً تندمج في الحساب الجارى . أى أن الدين الاولى تزول وتستبدل بدين واحد جديد يندمج في الحساب الجارى ويتحرر من الخضوع لاصول التااونية التى كانت متمشية عليه قبل هذا الاندماج . وهكذا بعد مضى فترة معينة تحصل هذه التصفية ثم يندمج المبلغ الصافى في الحساب الجارى كما اندمجت من قبل المبالغ الاخرى المصفاة وكونت بنفسها الحساب الجارى ^(٢٥) (المادة ١٨٧ / ٢٥١ مدنى فقرة ١ و ١٢٧١ فرنسى)

٤٣٧ الطريقة الثانية : تغيير في المدين . ويحصل ذلك في حالتين :

(١) أما أن هذا التغيير يقضى بضرورة أخذ رضا المدين الاصلى في الوقت الذى فيه يرضى المدين الجديد والدائن بالاحلال . مثلاً . باع زيد عقار لبكر وبقى على بكر

(١) objet (٢) rente viagère (٣) débi-rentier (٤) crédi-entier (٥) arrérages (٦) س ٣٨٠ ، ١٠ ، ٤٥٠ (٧) ويلاحظ ان كلمة زائل الواردة بالنسخة الفرنسية لم ترد بالنسخة العربية - راجع نبذة ٤٢١ (٨) cause (٩) ٣٠ ديسمبر سنة ٤٠٩١ ، ٧٦ اذا وجدت دلائل قوية على الاستبدال (١٠) compte (١١) fabricant (١٢) commissionnaire (١٣) banquier (١٤) capitaliste (١٥) تأييد Thaller موجز القانون التجارى للطبعة الرابعة ن ١٦٦٤

جزء من الثمن واتفق البائع مع المشتري على أن هذا الأخير يدفع هذا الباقي إلى خالد الدائن لزيد وأن خالداً يرضى بذلك ويعطى مخالصة لبكر وبراء ذمة زيد من الدين ^(١) هذا الاستبدال في الدين بتغيير المدين ، أي بتغيير بكر بزيد ، هو ما يسمى بالاحالة ^(٢) ونسى الاحالة هنا احالة كاملة ^(٣) أو احالة بالاستبدال ^(٤)

مثال آخر : استأجر زيد شقة في بيت ثم تنازل عن الاجار لبكر واتفق معه على أنه أي بكر يدفع الاجار مباشرة للمالك الذي رضى بذلك وأبرأ ذمة زيد من أي التزام نحوه . ففي هذه الحالة أيضاً يزول الدين في ذمة زيد ويترتب في ذمة بكر على شرط رضا بكر وهو المدين الجديد وعلى شرط رضا الدائن وهو المالك لانه لا يكره على استبدال مدينه بآخر ولذا لا يعطى مخالصة بالدين لزيد الا اذا رضى بالاستبدال (المادة ١٨٧ قرة ٢ العبارة ١ / ٢٥١ و ١٠٧١ قرة ٢ فرنسي) وفي هذا المثال نسي الاحالة كاملة كما في المثال الاول

(٢) ولما أن يكون الاستبدال بتغيير المدين دون الحاجة الى أخذ رضا المدين الاصل . يحصل ذلك فيما اذا جاء شخص أجنبي ورضى أن يكون مديناً للدائن بدلاً من المدين الاصل على شرط ابراء ذمة هذا المدين الاصل ^(٥) وفي هذه الحالة لا حاجة الى رضا المدين الاصل بل يتم الاستبدال برضا الدائن والمدين الجديد (المادة ١٨٧ قرة ٢ العبارة ٢ / ٢٥١ مدني و ١٢٧٤ فرنسي) ووقع هذه الحالة قليل في مجال العمل

٤٣٨ - الطريقة الثالثة : تغيير في المسمى : بأن يتفق الدائن مع شخص أجنبي على أن الاجنبي يحل محله في الدين ويصبح دائناً مكانه . وبذلك تبرأ ذمة المدين لزاء الدائن الاول ويصبح مديناً قبل الدائن الجديد (المادة ١٨٧ قرة ٣ / ٢٥١ مدني و ١٢٧١ قرة ٣ فرنسي بشأن الاحالة) مثال ذلك الثلاثان الاذان ذكرناهما في حالة الاحالة ^(٦) لان كل مثل منهما يقضى باستبدال التزامين أحدهما بتغيير المدين والآخر بتغيير الدائن . ففي حالة البيع استبدل زيد الدائن لبكر بخالد الدائن لزيد

(١) ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٢ ، ٣٥٠ ، ٧٠٠ (٢) délégation (٣) délégation parfaite

(٤) délégation novatoire (٥) décharger (٦) délégation

وفي الوقت نفسه استبدل بكر المدين غلاله ب بكر المدين لزيد . وكذلك الحال أيضاً في حالة الإيجار

٤٣٩ - وهذه الحالة تشبه كثيراً بيع الحقوق أو الحوالة^(١) . فإذا باع زيد عقاراً لبكر وتبقى بئمة المشتري جزء من الثمن وكان البائع مديناً غلاله جاز لزيد وقتئذ إما أن يحيل^(٢) خلدأ على بكر بهذا الباقي وأما أن يحول اليه الباقي أى يبيع له هذا الباقي فينقضاء من المشتري . ولقد يدق الشبه بين الاحالة من طريق الاستبدال^(٣) والتحويل من طريق الاسقاط^(٤) الى حد يصعب التمييز بينهما وعلى الاخص فانه جرت عادة الكتّيبين في المجالات العملية استعمال التعبيرين معاً للاستدلال بهما على معنى واحد

وأهم أوجه الشبه بينهما من لوجهة القانونية للصيغة الاهلية (لا من الوجهة القانونية الفرنسية) ان الاسقاط أو التحويل أو بيع الحقوق^(٥) لا بد فيه من رضا المدين بالسكتابة أو بالتعيين (المادة ٣٤٩ مدني أهلي) وكذلك الحال أيضاً في استبدال الدين فانه من الضروري أخذ رضا المدين . أى ان الاسقاط لا يعتبر صحيحاً قانوناً في نظر المدين الا اذا اشترك مع البائع والمشتري في الرضاء . وكذلك في الاستبدال بخلاف القانون المختلط والقانون الفرنسي فان البيع فيها يتم برضاء البائع والمشتري دون الحاجة الى رضا المدين (المادة ٤٣٥ مدني مختلط و ١٦٩٠ مدني فرنسي)^(٦)

ولكن اذا كان الدائن والمدين وطنيين وحول الدائن الدين الى أجنبي وجب في هذه الحالة أخذ رضا المدين الوطني (المادة ٤٣٦ مدني مختلط الفقرة الاخيرة المعدلة بذكره ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠)

٤٤٠ - وهذا الشبه بين الاستبدال والحوالة راجع الى القانون الروماني والى

الشريعة الاسلامية

في القانون الروماني لم يرض الرومان بالتحويل الا من طريق الاستعانة بوسائل خاصة فاستعانوا فيه بالوكالة على شرط عدم تقديم حساب وبالمدعى الفيدة^(٧) وفي

(١) cession de créance (٢) déléguer (٣) délégation - novation

(٤) transport-cession (٥) cession de créance (٦) جرائعولات في المفوض ٩١ ن ٢٤٨ (٧) actions utiles

النصر الامبراطورى صدر قانون جورديان^(١) بانقضاء التحويل صحيحا مع أخذ رضا المدين أو أخباره بالتحويل^(٢) ليحل الرضاء أو الاخبار محل الاشهاد على الخصومة^(٣) الذى كان دليلا على آخر مرحلة للالتزام القديم الزائل وأول مرحلة للالتزام الجديد (أى أن الرضاء أو الاخبار لم يكن شرطا لصفحة انقضاء الاسقاط) وأخذ علماء فرنسا بقيد الاخبار اى اخبار المدين وقوله قانون نابليون سنة ١٨٠٤ وأخذ به الشارع المختلط سنة ١٨٧٥

٤٤١ - أما الشريعة الاسلامية فانهما قررت الحوالة على شرط رضا الدين وهو المحال عليه بحيث لا تنقذ صححة الابهذا الرضاء (المادة ٦٨٢ من المجلة ونصها : « الحوالة التى أجريت بين المحيل والمحال لا تصح ولا تتم الا بعد اعلام المحال عليه وقبوله . ») وعمل فقهاء الشريعة الاسلامية ذلك بأن المحال عليه يلزمه المال ويختلف عليه الطلب لان الناس متفاوتون في الطلب^(٤)

٤٤٢ - رضاء المدين هذا هو الذى حتمه الشارع الاهلى سنة ١٨٨٣ بالمادة ٣٤٩ ولا شك في أنه أخذ من الشريعة الفراء . ولكن مع كونه أخذ هذا الرضاء عنها في حالة التحويل فانه تلى أيضا قواعد هذا التحويل عن القانون الفرنسى الذى قل عنه القانون المختلط^(٥) وإذا كان التحويل والاستبدال منقولين عن القانون الفرنسى وجب بيان التفرقة بين الاثنين وهى التفرقة التى قال بها الشارحون للقانون الفرنسى ٤٤٣ - ويتميز التحويل عن الاستبدال في أن المحال أو المحول اليه^(٦) لا يستفيد فقط من ملكيته للدين المحول به عليه بل يستفيد أيضا من التأمينات التى كانت ضامنة للدين كلهم والامتياز والكفالة . أما في حالة الاستبدال فان الدين الجديد يصبح منعزلا ولا تتصل به ملحقات الدين القديم الزائل لانها تزول مع زواله (الا اذا حصل الاتفاق على ما يخالف ذلك)

وتتميز الحوالة عن الاستبدال في القانون المختلط والقانون الفرنسى في انه لا يشترط رضاء المدين في الحوالة كما يشترط ذلك في الاستبدال

(١) Gordien (٢) denuntiatio أو denonciation (٣) Htis contestatio (٤) المصطلحات المتبع أحد أمر الفتح بك جمع من ٥٥٢ (٥) جزاء مولان في العقود من ٨٧-٣٣٧ (٦) cessionnaire

ومن ذلك يتبين ان الاستبدال محفوف بالخطر بالنسبة للدائن في انه يحرمه من تأمينات الدين الاول ، وبالنسبة للمدين أيضاً في انه لا يستطيع التمسك قبل الدائن الجديد بالدفع التي كان يصح له التمسك بها من قبل . واذا كان الاستبدال هو هكذا كان يتواءم في الشرائع الحاضرة معدوم الفائدة ولا يعلل وجوده فيها الا على أنه أثر من الآثار الموروثة عن التشريع الروماني اذ بقي الآن مع زوال الاسباب التي دعت الى مشروعيته عند الرومان

٢ - في مقارنة الاستبدال الروماني بالاستبدال الحاضر

٤٤٤ - كان يجري الرومان على القاعدة المعروفة عندهم من أنه اذا انقصد العقد وتقرر الالتزام أصبح من المستحيل تعديل هذا الالتزام سواء كان التعديل خاصاً بتغيير طرفيه أم بتغيير رابطة الالتزام نفسها . بل اذا أورد احداث هذا التعديل في أشخاص العاقدین أوفى الالتزام نفسه فيكون من اللازم أولاً العمل على إزالة الدين الأصلي من عالم الوجود والعمل على انتضائه ثم العمل ثانياً على انشاء التزام جديد . أي أن الاستبدال هو كما قال جيرار بحق^(١) أثر من آثار استقرار رابطة الالتزام وعدم امكان الساس بها^(٢) اذ يمكن به ادخال عنصر جديد على موضوع الالتزام وعلى الأخص في نقله من شخص الى آخر مع المحافظة على موضوع الالتزام هذا وعدم الساس به . ولذا كان للاستبدال دور هام في القانون الروماني . وما كان من الممكن الاستمانة بالاستبدال في العصر العلمي^(٣) لاجل تعديل موضوع الالتزام^(٤) واحداث تغيير به . بل كان لا بد من أن يكون موضوع الدين الجديد هو نفس موضوع الدين القديم أي يجب أن يكون محلها واحداً . أي كان الاستبدال كما قالت بذلك النصوص الرومانية ، بمثابة حقن الالتزام الجديد بدم الالتزام القديم^(٥) . ولم يستمر بالاستبدال كأداة في تغيير محل الالتزام أو سببه الا في عصر جوستنيان على الأرجح .

(١) Girad كتاب في القانون الروماني الطبعة السادسة ص ٧٠٠ (٢) inmutabilité (٣) du lien obligatoire (٤) objet (٥) transmission

وكان الاستبدال خاضعاً هو الآخر للأوضاع الشكلية^(١) وكان لا بد فيه من أفعال خاصة^(٢) حتى يتمدح صحيحاً بصرف النظر عن نية الماقتين . لان الأفعال الخاصة تقضي بزوال الدين القديم وظهور دين جديد . أما الآن فان النية في الاستبدال^(٣) أمر لازم لا بد منه ولا يصح الاستبدال بدونه .

ومما سبق يتبين بأن هناك فرقاً عظيماً بين الاستبدال الحاضر والاستبدال الروماني . هذا والاستبدال ليس شائعاً الآن في المجالات العملية لان الفائدة للرجوة منه عملياً يمكن الاستعاضة عنها بطرق أخرى أكثر ضماناً وأبعد خطراً من الاستبدال فاذا جاء الدائن أجنبي غير مدينه وتطوع لان يكون مديناً بدلاً من الدين الأصلي فان الدائن لا يتردد في القبول على شرط بقاء الدين الأصلي مديناً أيضاً كما كان . كذلك في القانون الأهلي اذا احتاج الدائن لدينه فلا يلجأ الى الاستبدال حتى لا يصادم باشتراط رضاء مدينه بل يعمل على الحصول على بقود من طريق تحويل سندھ اذ هو ليس ملزماً في هذه الحالة الأخيرة بأخذ رضاء مدينه . أما من حيث الاستبدال في تغيير الالتزام فالأمر فيه نادر أيضاً من الوجهة العملية .

ولكن الغالب في الاستبدال وقوعه عملياً عند حصول تغيير في سبب الالتزام كما يحصل في الحساب الجاري وقرار المرتب طول الحياة . وأغلب الأحكام الواردة بالمجلات القضائية تشير الى عدم توافر شروط الاستبدال لانعدام ركن النية في الاستبدال ٤٤٥ - ولذا لم يشر القانون الألماني الى جعل الاستبدال في عداد أسباب اقتضاء الديون . بل عند ما تكلم على نظرية نقل الحقوق^(٤) قرر مبدأ بيع الدين أو الحوالة في الدين^(٥) وهو مبدأ لا يعرفه القانون الفرنسي^(٦) وأما الاستبدال بتعديل موضوع الالتزام أو سببه فان القانون الألماني قد جملة حالة من احوال الوفاء بالديون وألحقه بالوفاء بمقابل عيني^(٧) وهو ذلك الوفاء الذي يقرر فيه الدائن براءة

(١) acte formaliste (٢) termes solennels (٣) animus novandi

(٤) transfert de créance (٥) reprise de dette أو cession de dette

الولد ٤١٤-٤١٩ (٦) تبين دي لاجراسري De La Grasserie على هذه المبادئ
مراجعة لقانون الألماني ص ٨٩ على انه في ذاته صورة تنكسبه لبيع الحق . التلخيص على المادة ١٩٩
في ترجمة القانون الألماني بمعرفة وزارة المحاسبة الفرنسية ج ١ ص ٥٩٨ (٧) dation en paiement

ذمة مدينه من الدين الاصلى مقابل أن يلتزم الدين للدين جديد وهو هذا الشيء .
الجديد (المادة ٣٦٤ من القانون الالمانى)

٣ - في شروط صحة الاستبدال

٤٤٦ - شروط صحة الاستبدال هي : نية الاستبدال ، وأهلية التصرف في الحق ، وسبق وجود التزام صحيح يحمل محله التزام صحيح أيضاً

الشرط الاول : نية الاستبدال^(١) وهو شرط لازم وبدونه لا يتحقق الاستبدال . ولا يؤخذ فيه بالظن بل لا بد من الافصاح عنه بطريقة واضحة (المادة ١٢٣٣ مدنى فرنسى) وهي مقررّة قعادة عامة^(٢) وقد كثرت الدعاوى بشأن نية الاستبدال وعلى الاخص فيما يتعلق بالبيع ، وعند تفسير سند الدين الاصلى معها كان نوته بسند دين آخر : فاذا باع المالك عقاره واستلم من المشتري كيبالات بائنه فهل يعتبر ذلك استبدالاً ؟ مصلحة البائع ظاهرة في عدم حصول الاستبدال لانه بذلك يستطيع الاستفادة من حق فسخ البيع^(٣) ومن التأمينات المقررة للصفقة . وأما عند حصول الاستبدال فانه يحرم من ذلك كله . والقضاء يجرى الآن على عدم اعتبار مجرد دفع الثمن بواسطة كيبالات بمثابة استبدال لان النية معدومة^(٤) والنية في الاستبدال أو الاستبدال نفسه تثبت بالقيود القانونية المقررة فاذا

- (١) animus novandi (٢) ٢٩ مايو سنة ١٩٠٠ - ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ ، ٣٦ - ١٦٧ استئناف ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٥ م ر ٦٠١ ص ١٥٨ - . وتحرير كيبالة بكميالة اخرى لاجل مد الاجل لا يتبدر استبدالاً : ٥ مايو سنة ١٩٠٨ ، ١ - ٢٦٤ - . واذا حرر المستأجر على نفسه كميالة يباقي الايجار وذكر بها بائنه لا علانة لها بالايجار كان ذلك استبدالاً : ١٧ ابريل سنة ١٩٠٠ - ١٢٠٤ - ٢٠٤ - . وتحرير سند تحت الاذن بالايجار يتبدر استبدالاً : ٥ مايو سنة ١٩٠٤ ، ١٦ - ٢٤١ - . ويؤخذ في الاستبدال بالقرائن القوية : ١٨ مايو سنة ١٩٠٩ ، ٢١ - ٣٥٦ - . واذا تعلق الاستبدال على شرط أصبح موقوفاً عليه لا يصفى الا به : ٢١ ابريل سنة ١٩٠٩ ، ٢١٠ ، ٣٨٣ - . ومن اجل الدين وتقريره من له لا يحمل اذ هناك استبدالاً : ٢٣ مارس سنة ١٩٠٠ ، ٢٢ - ٢٠٦ - ١٥ يونيو سنة ١٩١٦ ، ٢٨ ، ٤٣٣ - . استئناف ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢١ ، ٢٤ ، ص ٣١ عدد ٢٠ - . وينتج الاستبدال بالشهادة والقرائن اذا كان هاك مبدأ دليل بالكتابة ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ ، ٢٦ - ١٦٨ - (٣) action résolutoire (٤) د ١٠١ ، ١٧٠١ - . س : ١٩٠٠ - ١ - ٢٧٧ : ٣ نوفمبر سنة ١٩١٩ ، ٢٤ - ١٥٠ - ٨ مارس سنة ١٩١٦ ، ٢٨ - ١٨٩ - ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٢ ، ٣٥ - ٧ -

كلت قيمة الاستبدال أكثر من ١٠ جنيهات وجب السند الكتابي . ولا تقبل الشهادة أو القرائن الا عند وجود مبدأ دليل بالكتابة دالا على الاستبدال^(١) ولا يحد سلطة القاضي حد في تقدير النية هذه^(٢)

وأما قائله المادة ١٨٦ / ٢٤٩ مدني من أن الاستبدال يثبت بقدر^(٣) فلا يستفاد منه بأنه لا بد فيه من الكتابة لان كلمة عقد في عرف الشارع المصري تنصرف الى اتفاق^(٤) أي أنه لا بد من الاتفاق على الاستبدال بين المتعاقدين^(٥)

الشرط الثاني . الاهلية في التعاقد : لا بد من الاهلية في طرفي الاستبدال (للمادة ١٢٧٢ فرنسي) لأن بالاستبدال يحصل انقضاء الالتزام القديم وانشاء الالتزام الجديد ويجب على ذلك أن يكون الدائن أهلا للتصرف في حقه^(٦) والدين أهلا لأن يلتزم

الشرط الثالث : سبق وجود التزام صحيح ليحل محله التزام جديد صحيح أيضا . أي لا بد من صحة الالتزام القديم وصحة الالتزام الجديد

١ - **في صحة الالتزام القديم :** يجب أن يكون هذا الالتزام صحيحا^(٧) وإذا لم يكن صحيحا كان بالطبيعة باطلا . ولكن بطلانه إما أن يكون عاما وإما أن يكون نسبيا

(١) **البطلان العام :** هذا البطلان هو ما تعلق بالنظام العام والمبادئ الحسنة والآداب العامة فإذا شاب الالتزام القديم عيب من هذه الميوس بطل الالتزام وبطل معه الاستبدال^(٨)

(٢) **البطلان النسبي :** هذا البطلان لا يبطل العقد من نفسه بل لا بد فيه من طلب صاحب الشأن . فإذا صرف النظر عنه بعد علمه به صح العقد وعلى ذلك

(١) د ٩٤ ، ١٠٦ - س ٩٥٠ ، ١٠٦٧ : ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ ، ٣٦ ، ١٦٨٠

(٢) س ٩١١ ، ١٠٢٠ كولينيوكايتان ج ٢ ص ١٠٦ (٣) contrat (٤) con-

vention (٥) شرح القانون المدني لتحتي بك زغول ص ١٦٥ الحاشية (٦) capa-

(٧) citée de disposer (٨) valable (A) ٨٣٢٤٤٦٤٠ - ٩٤٠٢ ، ٩٤٠٢

إذا شاب الالتزام الاول شائبة من عيوب الرضاء كالاشئ أو الخطأ وظل هذا العيب قائماً وقت الاستبدال فلا يصح الاستبدال أما اذا زال أو علم به صاحب الشأن فيه وسكت ، فإن الاستبدال يقع صحيحاً . فإذا التزم القاصر في عقد ثم استبدله وهو بالغ صح الاستبدال لأنه يعتبر مؤيداً للالتزام الاول^(١)

٢ - في صحة الالتزام المجبر : لا يصح الاستبدال بصحة الالتزام القديم فقط بل لا بد من صحة الالتزام الجديد . إذ زوال الاول واقتضائه متوقف على صحة الثاني . أي لا يزول الاول الوجود الثاني ويبقى مع بطلان الثاني . وعلى ذلك اذا شاب الثاني عيب وأبطل بسبب ذلك ظل الاول قائماً

٤ - في آثار الاستبدال

٤٤٧ - مما تقدم يتبين أن الاستبدال يتم بزوال الدين القديم وانشاء دين جديد كما قررت ذلك المادة ١٨٦/٢٤٩ مدني ولم ينص القانون الفرنسي على ذلك ولكنه أمر لازم في الاستبدال هنا وهناك . ويترتب على زوال الاول وظهور الثاني ما يأتي :

١٤٨ - (١) بمحصول الاستبدال يزول الدين الاول ونزول معه تأميناته من امتيازات وهونات وكفالات إلا اذا اتفق الطرفان على ما يخالف ذلك . ولقد نصت المادة ١٢٧٨ فرنسي على هذه القاعدة ولم يرد لها مثيل بلقانون المصري ولكن هذه القاعدة مستفادة من القانون المصري في موضعين :

أولاً : من المادة ٢٨٦/٢٤٩ مدني القائلة بزوال الدين الأصلي وانشاء دين جديد . وهذا لم يقله قانون نابليون ولكنه مستفاد من أصل تكوين الاستبدال كما أخذ عن الرومان تماماً وباعتبار الاستبدال في الوقت الحاضر أثاراً من بقايا التنظيم الرومانية . وزوال الأصلي يجبر معه ملحقاته إذ الملحقات تتبع الأصل وجوداً وعدمه

ثانياً : من المادة ١٨٩/٢٥١ مدني فإن ماورد بهذه المادة يبيح للمدينين الاتحاق على استيفاء الضمانات . وهذا يمكن تماماً العبارة الثانية من المادة ١٢٧٨ فرنسي

هذا ويلاحظ ان صدر المادة ١٨٩ / ٢٥٦ مدني ورد بعبارة توهم الحظر اذ قالت : « لا يجوز الاتفاق على خلاف ما هو آت » وكان يجب أن تكتب هكذا : « يجوز الاتفاق على ما هو آت » لان ماورد بالمادة فيما بعد ترخيص للعاقبتين باستبقاء الأمانات أي يجوز لهما فلهما العدل عنه . وما دام ان العدول عنه مباح ، لانه من حقوق المعاقدين فلا معنى حينئذ لصيغة الحظر التي وضع بها صدر المادة ^(١)

وكذلك نزول الحقوق الاخرى التي كُنت مقررة للدائن كحق دعوى الفسخ في البيع ^(٢) بسبب عدم دفع الثمن ولهذا السبب أصبح الاستبدال غير مرغوب فيه لان الدائن لا يرضى بزوال الأمانات المقررة لحقه طالما انه لم يتقاض دينه لذا أباح القانون معالجة هذه الشدة وقرر للمعاقدين في الاستبدال جواز الاتفاق على بقاء الضمانات الاولى تأمينا للدين الجديد (المادة ١٨٩ / ٢٥٣ مدني ١٢٧٨ مدني فرنسي)

ويحصل ذلك في الاحوال الآتية :

١ — اذا لم يحصل الاستبدال الابتديل في موضوع الالتزام أو في سببه وظل الدائن والدين كما هما فانه لا يوجد مانع ما من أن يتفق الطرفان على بقاء التأمينات الاولى ضامنة للدين الجديد

وفي ذلك تقول المادة ١٨٩ / ٢٥٣ مدني ققرة ١ ما يأتي : « في الحالة الاولى من الاحوال السالف ذكرها (وهي الحالة الاولى الواردة بالمادة ١٨٩ / ٢٤٩ مدني أي الحالة الخاصة بتغيير موضوع الالتزام أو سببه) يجوز للدين والدائن أن يتفقا على أن الأمانات الدينية كالامتيازات ورهن العقار وحبس العين تكون تأمينا على الدين الجديد اذا لم تكن فيه زيادة تفرض بحقوق الغير . « أي انه مع زوال الدين الاصلي وجوب زوال ملحقاته من الوجهة المنطقية فان القانون يناله من قوة السلطان في الامر والتعدي رأى جواز ابقاء هذه التأمينات ضمانا للدين الجديد اذا كان الدين الجديد مساويا للدين القديم أما اذا كان زائدا عنه فتضمنه أيضا هذه التأمينات على شرط عدم الاضرار بما يكون قد قربت للغير من الحقوق على هذه التأمينات وكانت سائبة على تاريخ الاستبدال .

(١) شرح القوتون للمدني لفتحى بلشا وغزل من ١٩٧٧ هـ ص ١ (٢) action en résolution

فإذا فرض وكان الدين القديم بمبلغ ٥٠٠ جنيه وكان مرهوناً له عقار بمبلغ ٨٠٠ جنيه وحصل الاستبدال عن دين جديد بمبلغ ٦٠٠ جنيه وقبل حصول الاستبدال وبعد حصول الدين الاول رهن العقار لدائن آخر بمبلغ ٣٠٠ جنيه، فلا ينفذ التأمين في الدين الجديد الا لغاية ٥٠٠ جنيه فقط أى بقدر الدين القديم وأما باقى قيمة العقار وقدره ٣٠٠ جنيه فيقتضاه الدائن صاحب الرهن الثانى، ولا يستطيع صاحب الدين الجديد أن يأخذ الا ١٠٠ جنيه الباقية له من هذا الدائن للرهن الثانى. هذا هو معنى عبارة « إذا لم تكن فيه زيادة تضر بحقوق الغير » الواردة في آخر الفقرة الاولى من المادة ١٨٩/٢٥٣ مدنى. أما اذا لم يكن هناك دائن مرتين ثان صح للدائن بالدين الجديد أن يتناضى دينه وقدره ٦٠٠ جنيه من ثمن العقار البالغ قدره ٨٠٠ جنيه ويرد مائتى الجنيه الباقية الى المدين مالك العقار

كذلك اذا كان العقار المرهون ولاء للدين الاصلى مملوكاً للغير ^(١) فزيادة الدين الجديد لا تضر مالك العقار المرهون ولاء للدين الاصلى
اذا علمنا ذلك فلا يكون صحيحاً ما ذهب اليه كولين وكابتن ^(٢) من قولهما بان زيادة الدين الجديد عن الدين القديم لا تضمنها التأمينات. لان الاطلاق في هذا التعبير يشعر بعدم صحة الاتفاق على ضمان التأمينات للدين الجديد ولو لم يكن ذلك ضاراً بالغير، وهذا لا يمكن أن يكون، كما بينا ذلك. لان مشروعية الحظر مقيدة بمصلحة الغير وجوداً وعدماً فاذا لم يكن تمت مصلحة للغير صح ضمان التأمينات عن الزيادة ولا شبهة.

٢ — واذا حصل الاستبدال بتغيير المدين سواء لم يكن من الواجب أخذ رضا المدين في الاستبدال (للمادة ١٨٧ فقرة ٢ العبارة ١/٢٥١) أو كان من الواجب أخذ رضائه (العبارة ٢ من الفقرة المذكورة) ففي هاتين الحالتين قررت المادة ١٨٩ فقرة ٢/٢٥٣ مدنى ما يأتى : « وفي الحالة الثانية يجوز للدائن ولن حل محل الدين الاصلى أن يتفقا على بقاء التأمينات العينية ولو بغير رضا المدين الاصلى ». (ويلاحظ أن عبارة « ولن حل محل الدين الاصلى » هي ترجمة غير صحيحة للكلمة الفرنسية ^(٣) الواردة بالنسخة

الفرنسية . وكان الافضل ترجمتها الترجمة اللازمة لما وهي « الشخص الاجنبي أو الغير » ولكن نلاحظ أن هذه الفقرة الثانية لا تستقيم مع الحالة التي يكون فيها من الضروري أخذ رضا الدين عن الاستبدال ، لانه يجب في هذه الحالة حتماً أخذ رضائه في قتل التأمينات . فإذا التزم الدين الجديد بالدين ورضى الدين القديم بقاء التأمينات له ، أعتبر في هذه الحالة كفيلا عينيا ^(١) بمعنى انه ضامن بماله ، أى أن التأمينات الضامنة تبقى منصبة على ماله هو لا على مال الدين الجديد كما قررت ذلك المادة ١٢٧٤ مدني فرنسي ، وما كانت في حلجة الى تقريرها لان ذلك مفهوم بالبدهة ^(٢)

٣ - وفي حالة الاستبدال الحاصل بتغيير الدائن قررت المادة ١٨٩ بالفقرة الاخيرة ما يأتي : « في الحالة الثالثة يجوز للمتأقدين الثلاثة أن يتفقوا على بقاء التأمينات العينية » . أما رضا الدين بقاء التأمينات فهذا أمر لازم لان قتل التأمينات لا يتم الا برضائه .

وإذا كان الدين القديم مكفولا بكفيل وحصل الاستبدال سقطت كفالة الكفيل الا اذا رضى ببقائه كفيلا (المادة ١٩٠ / ٢٥٤ مدني) ^(٣) وكذلك الامر في حالة التضامن (المادة المذكورة)

ولا يثبت الاتفاق بشأن بقاء التأمينات الا بعقد رسمي حتى يكون حجة على الغير (المادة ١٩١ / ٢٥٥ مدني) وما كانت هناك حاجة لعقد رسمي طبقا للقواعد العامة بل كان يكفي اثبات تاريخ العقد الذي رضى به الكفيل أو الضامن التضامن ببقاء التأمينات لولا أن القانون قد استوجب العقد الرسمي كما استوجب أن يحصل قتل التأمينات في الوقت نفسه الذي يحصل منه الاستبدال . وما يجب ذكره هنا أن قانون التسجيل الجديد الصادر سنة ٩٢٣ يستلزم في هذه الاحوال التأشير بالاتفاق الجديد التخاص بالتأمينات على هامش التسجيل الاصلى لكي يكون حجة على الغير . هذا ولا شبهة للمادة للصراحة بالقانون الفرنسي

٤٤٩ - (٢) والاثر الثاني للاستبدال بعد زوال الدين القديم هو ظهور دين جديد ومن شأن هذا الدين الجديد أن يبين حيثئذ مقدار ذلك الالتزام وبعد مرماه

(١) caution réelle (٢) كولين وكاتبان ج ٢ ص ١٠٨ (٣) كولين وكاتبان ج ٢ ص ١٠٨

فإذا فرض أن الدين الجديد كان عبارة عن مبلغ دخلت في الحساب الجارى فانه من يوم دخولها تحتسب لها فوائد سارية من تلقاء نفسها
 وإذا كان من المتفق عليه بين الماقدين أن تصفية الحساب الجارى تحصل في آخر كل ثلاثة أشهر أو أربعة مثلا وحصلت التصفية فعلا ثم تجدد الحساب الجارى ودخلت في التجديد البقية الباقية بما فيها من الفوائد التي حصلت في المدة السابقة، أصبحت هذه الفوائد حينئذ ك رأس مال ترجع هي الاخرى فوائد دون مراعاة القيود الخاصة بضرورة مضي سنة والواردة بالمادة ١٢٦ / ١٨٦ مدنى و ١١٥٤ كما قرر القضاء ذلك

وإذا قيد بالحساب الجارى سند تجارى مأخوذ على الدين لمصلحة دائئه فانه يكون من تأبج هذا القيد استبدال مدة سقوط السند التجارى الخاص وهي خمس سنوات ، بل مدة القانونية العادية للسقطة وهي ١٥ سنة^(١)

في الاحالة

١ - في أحوال الاحالة

٤٥٠ - الاحالة^(٢) عملية قانونية يأمر بها شخص يسمى بالمحيل^(٣) شخصاً آخر يسمى بالمحال عليه^(٤) أن يعمل عملاً أو يتعهد بأجراء عمل لشخص يسمى بالمحال اليه^(٥)

وتقع الاحالة في حالتين

(١) في الاحالة التي لم يسبقها التزام سابق : تحصل الاحالة بين شخصين لم يلتزما من قبل أى تحصل بين المحيل والمحال عليه دون أن يسبق ذلك التزام بين الاثنين . مثلاً خطاب اتسليف^(٦) الذى يسلمه المصرف للمالى (وهو المحيل) الى من يطلبه من عملائه (وهو المحال اليه) اذا عزم هذا الاخير على السياحة فى بلاد غريبة ، وفيه يكاف المحيل مراسليه في هذه البلاد (المحول عليهم) بأن يدفعوا اليه اللباغ التى يطلبها . وقد ذكر ذلك

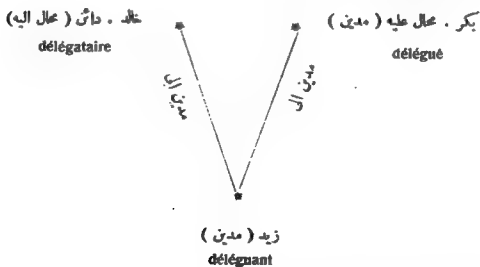
(١) د ١٠٧٢ ، ١٠٢٠ - س ٢٢٠ ، ١٠٠ ، ٢٥٠ (٢) délégation (٣) déléguant

(٤) délégué (٥) délégataire (٦) lettre de crédit

أيضا بوتييه . ويلاحظ أن الالتزام هنا هو غير سبق الاتفاق بين المصرف ومراسليه لان الاتفاق على الدفع لحامل الخطاب ليس هو الالتزام الناشئ عن الدفع بالذات . ويحصل أن تستخدم الاحالة أيضا فيما اذا أراد المحيل أن يقرض المحول اليه أو أن يتبرع له اذا كانت نيته منصرفة الى التبرع^(١) . وفي هذه الاحوال لا ترى محلا للقول بوجود بعض الشبه بين الاحالة والاستبدال

(٢) في الاحالة المسبقة بالزام سابق . هنا الدور المهم للاحالة اذ هذه الحالة هي الحالة المادية التي تقع فيها يمكن تصويرها بالشكل الآتي^(٢) وذلك أن زيدا مدين لخالد ودائن لبكر . فكلف زيدا بكرة (المحول عليه) بالوفاء بالالتزام الى خالد (المحول اليه) فاذا فرض وأن زيدا مدين لخالد في مبلغ ١٠٠ جنيه وباع عقاره الى بكر بمبلغ ١٠٠ جنيه فانه يجوز له تكليف بكر بدفع الثمن الى خالد ، وبهذا الدفع ينقضى الدين الحاصل بين زيد وخالد والدين الحاصل بين زيد وبكر . وبالاحالة هذه تتوفر اجراءات على المدينين وتعتبر الاحالة هنا بمثابة كمية مدنية^(٣)

(١) animo donandi (٢) وهو



lettre de change civile (٣)

٢ - في تقسيم الاحالة الى كاملة ونقص

٤٥١ - الاحالة عند سبق وجود التزام سابق تحكي الاستبدال اذا اتفق المتعاقدون على ذلك أى أن الالتزام يزول في الحال ^(١) فيزول الالتزامان السابقان في الحال ويحل محلهما التزام جديد وهو ما يلتزم به المحول عليه نحو المحول اليه أو أن هذين الالتزامين السابقين يفلان قائمين حتى يتم الوفاء من جانب المحول عليه الى المحول اليه. ويظهر أن بعض المؤلفين السابقين على قانون نابوليون لم يروا في الاحالة الا وجهها الخاص فقط بالاستبدال ولذا تأثر الشارع الفرنسي بوجهة النظر هذه فتكلم عن الاحالة في باب الاستبدال. ولكن البعض الآخر ومنهم بوتييه لم يقتصروا في هذا الخلط. على أنه لا يزال يرى على أفلام الكتابين هذه العبارة الجارية بالاحالة الكاملة ^(٢) وذلك في حالة ما اذا انتهت الاحالة بالاستبدال أو بعبارة أصح اذا انتهت باستبدالين ما دام أن التعهد للأخذ على المحول عليه نحو المحول اليه من شأنه أن ينقضى معه في وقت واحد دين المحول عليه قبل الحيل ودين الحيل قبل المحال اليه

وقد نصت المادة ١٢٧٥ فرنسي على الاحالة الكاملة حيث قالت بأن الآثار الاستبدال ^(٣) لا ينتج الا اذا كان الدائن المحال اليه وهو الذي قدم اليه الحيل مدينة جديدة قد قرر صراحة براءة ذمة مدينه الاول. ويلاحظ أن هذه المادة لا حاجة اليها لان الاستبدال أو أثر الاستبدال لا يقع الا اذا كانت النية فيه صريحة بمعنى أن نية الاستبدال في انتضاء التزام وإشاء التزام لا يؤخذ فيها بالظن: وكل ما يستفاد من هذه المادة أن الشارع الفرنسي أراد ان يظهر بأنه يعنى بالاحالة من حيث التشدد في شروطها بأكثر مما يعنى بالاستبدال العادي. وفي الواقع فانه لا يكفي مطلقاً أن يقال بأن نية المحول إليه في براءة ذمة مدينه الحيل مستفادة من ظروف المحال بل يجب أن يكون هناك اقرار صريح ببرائة الذمة هذه كما يستفاد ذلك من اختلاف التعبير في المادتين ١٢٧٣ و ١٢٧٥ مدني فرنسي ^(٤)

وأما اذا لم يقرر المحال اليه وهو الدائن براءة ذمة مدينه وهو المحيل فانه في هذه

hic et nunc (١) délégation parfaite (٢) effet novatoire (٣)

(٢) د. ٨٨، ١، ٣٧٢، - س. ٨٥، ١، ٩٠، - د. ١٨٩، ٢، ٩٠، -

يقرر القانون في حالة الاحالة أي الاسقاط أن المحيل لا يضمن يسار مدينه المحول عليه عند الوفاء بل أنه يضمن فقط وجود الدين أى حجة الالتزام في ذمة المدين (الواد ٣٥١ و ٣٥٢/٤٣٩ و ٤٤٠ مدني و ٦٩٣ و ١٦٩٤ فرنسي). وعلى العكس من ذلك في حالة لاحالة^(١) فإن المحال اليه وهو الدائن للمحيل أى خاله لا يرمى الى مضاربة ولا الى اصابة مغرم من وراء الاحتمالات والصدف بل هو يرمى الى تحصيل دينه كاملاً. وعلى ذلك يعتبر المحيل وهو المدين ضامناً للمحال اليه وهو الدائن في حالة اعسار المحال عليه وهو مدين المدين وقت الاحالة^(٢).

(٣) ان الاحالة لا تنمق صحيحة الابرضاء للمدين في القانون الأهلي (المادة ٣٤٩) وكذلك في القانون المختلط لا تنمق صحيحة أيضاً الابرضاء للمدين فيما اذا كان كل من الدائن والمدين الأصليين وطنيين ثم حول الدائن الوطني الدين الى أجنبي (المادة ٤٣٦ الفقرة الأخيرة المعدلة بذكره ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠) وأما في القانون المختلط فتصح الاحالة بدون رضاء المدين (المادة ٤٣٥) كما نصح كذلك في القانون الفرنسي (المادة ١٦٩٠) انما يكتفى فيها بأخبار المدين واعلانه بمحصول الاحالة حتى لا يحتاج عليه بما يكون قد دضه الى المحيل أو الى أى شخص آخر تعامل مع هذا الأخير.

٤ - في أثر الاحالة قبل المحيل

٤٥٣ - اذا كانت الاحالة كاملة أى اذا رضى الدائن المحال اليه ببرائة ذمة مدينه المحيل ، استفاد المدين من الاحالة . وأما اذا كانت الاحالة ناقصة ولم يقرر الدائن ببرائة ذمة مدينه فإنه على ما يظهر لا يستفيد من هذه الحالة الا اذا وفي مدينه (المحال عليه) الدين الى دائئه (المحال اليه) . أما قبل الوفاء فلا فائدة له . ولقد كان من شأن القول بعدم انفاذة هذه ان قرر علماء إيطاليا أنه يجوز للمحيل عند حلول أجل دفع الدين المشتغلة به ذمة مدينه أن يكرم دائئه المحال اليه على أن يقاضي أولاً المدين المحال عليه وأنه ليس للمحال اليه حق الرجوع على المحيل الا اذا لم يتقاضى دينه من

(١) délégation الاسم ١٢٧٦ مدني فرنسي — ٢٣٠، ٢٣١، ٢٣٢ و ٢٣٣ «Capitant

subsidiarement (٢)

المحال عليه . وعلى ذلك يستفيد المدين المحيل من الاحالة هذه وتتحول حالته من مدين أصلي الى كفيل اذ لا يلزم بالوفاء بطريقة أصلية بل بطريقة احتياطية^(١) ويكون في حل وقتئذ من التمتع بالدفع المسمى بدفع التجريد^(٢) وهو الدفع الذي يستعين به في دفع الدعوى اذا رضت عليه أولاً قبل تجريد المدين المحال عليه . ولكن هذا الرأي الايطالى لم يجده أنصاراً فرنساً حيث قرر علماؤها أن الاحالة الناقصة لم تخرج عن كونها قد قررت للدائن ، وهو المحال اليه ، احتمال مقاضاة مدينه الاصلى فيما اذا لم يف المحال عليه بالدين وانه لم يكن في ذلك اكراه للدائن بالتجريد أو لاثم الرجوع ثانياً (أى تجريد مدين المدين والرجوع على المدين) وان الاحالة الناقصة هي مجرد تقرير ضمان^(٣) للدائن يلح هذا الاخير في طلبه من طريق التراضى معه على كيفية الوفاء بالدين^(٤) أو ذرية في استمرار التعامل معه أو هي اداة صالحة لرواج للمعاملات بين الافراد^(٥) يستعين بها المدين في الوفاء بحقوقه لا من طريق الدفع التام بل من طريق مجرد التحويل بالديون وهي الطريقة الشائعة في العصر الحاضر بعد رواج التجارة وواجب أصبح الوفاء فيه بالنقد أمراً متعزراً ، اذ حل الآن الوفاء بالتحويل محل الوفاء بالنقد . وعلى هذا الاعتبار تصبح الاحالة بمثابة تأمين لحق الدين^(٦)

٤٥٤ - وأما عن الاحالة الكاملة فقد ذكرنا (ن ٤٥١) ان ذمة المدين تبرا في الحال^(٧) من الدين قبل دائه ولذا لا يبرحه دفع مدينه لدائنه أم لم يدفع اذ ليس لدائنه المحال اليه حق الرجوع عليه . وهذا ما جعل قانونيو فرنسا قبل سنة ١٨٠٤ يقولون بان « من رضى بالاحالة رضى بالضرر »^(٨) ولكن للمادة ١٢٧٦ مدنى فرنسى استدركت الامر وعلمت به حالتين . - ١) فيما اذا كان مدين المدين في حالة افلاس وقت حصول الاحالة . - ٢) فيما اذا احتفظ الدائن (المحال اليه) بحق الرجوع على مدينه (المحيل)

٤٥٥ - ١) فيما اذا كان المدين فى حالة افقرسى وقت حصول

الاحالة : في هذه الحالة يجوز الرجوع طبقاً للمادة ١٢٣٦ على المدين ولكن ما هو

(١) subsidiairement (٢) bénéfice de discussion (٣) garantie (٤) atter- hic (٥) moiment (٦) nantissement de créance (٧) instrument de crédit (٨) et nunc qui accepte délégation se fait préjudice

سبب الرجوع من الوجبة القانونية أو ما هو التعليل القانوني لهذا الرجوع وعلى أى قاعدة أو أساس يرتكز الرجوع ؟ علته القانونية أنه نتيجة ما وقع فيه الدائن من الغلط . والرجوع حينئذ هو قرينة على حصول الغلط . ومن شأن الغلط أن يفسد الاستبدال^(١) أى أنه عند ما أراد الدائن قبول الاحالة المعروضة عليه من مدينه لاجل أن يتقاضى دينه من مدين مدينه ظن خطأ يسر المحول عليه . وانه لم يقرر الاستبدال الحاصل بتغيير الدين الا لاعتقاده يسر المحال عليه . ولما ظهر عسر هذا الاخير سقط الاستبدال بسبب هذا العيب وعادت الحالة القديمة الى ما كانت عليه قبل الاستبدال . وعلى ذلك يجوز للدائن الرجوع على مدينه بنفس التأمينات التى كانت مقررة لدينه من قبل مادام أن الاستبدال قد سقط وبسقوطه تعود ملحقاته الى عالم الوجود من جديد

٤٥٦ - ٢) فيما اذا احتفظ الدائن بحق الرجوع الى مدينه - فى هذه الحالة لا يرجع الدائن بنفس دعواه الاولى والتأمينات التى كانت ضامنة للدين . لان الاستبدال قد تم فعلا وزالت معه الدعوى الاولى وتأميناتها الضامنة للحق الاول الذى قد زال واقضى وحل محله حق آخر جديد . وعند عسر المدين المحال عليه لا يسقط الاستبدال ولا يلغى لان المادة ١٣٧٦ تقول بأن الدائن قد أبرأ ذمة المدين من الدين^(٢) وعلى ذلك لا يعتبر التعهد الجديد الصادر من المدين تعهداً مضموناً بالتأمينات السابقة فى حالة اعسار مدين المدين دون الوفاء . بل يعتبر التعهد هذا تعهداً جديداً التزم فيه المدين أن يكون كفيلاً^(٣) للمدين الجديد وهو المحول عليه (أى مديناً جديداً للدائن) وفى هذه الحالة لا محل للتردد فى منح للمدين أولاً باعتباره كفيلاً ، حق التجريد المقرر للكفلاء .

واذا لم يدفع مدين المدين الدين الى الدائن المحال اليه فى حالة الاحالة الناقصة جاز وقتئذ للدائن الرجوع على مدينه بنفس الدعوى الاولى وتأمينات الدين الاول . لان من شأن الاحالة الناقصة أن لا تمس الالتزامين السابقين بشئ ما وهما الالتزامان القائم أحدهما بين المدين المحيل ومدينه المحال اليه والقائم ثانيهما بين المدين المحيل ودائنه

• - في أثر الاحالة قبل المحال عليه

كذلك لا يجوز للمحال عليه بعد رضائه بوفاء لدائن دائنه أن يحتاج وقت الوفاء اليه ، أو أن يسترد ماسبق له ان وفي به اليه ، بأنه أخطأ في رضائه بوفاء اليه مدعياً بأنه لم يكن ملتزماً بالمرة قبل المحيل أو مدعياً بأى سبب آخر مبطل لالزامه قبل دائنه الاول^(١)

هذا هو ما يقول به القضاء الفرنسي وقلل به من قبل بوتيه

٤٥٨ - ولكن قلم اعترض وجيه على هذا الرأي . اذ قيل بأنه في حالة ما اذا كان التزام بكر ازاء زيد (التزام المحول عليه ازاء المحيل) غير موجود أو باطلا أو معطلا بدفع من الدفوع كالدفع بعدم الوفاء ^(١) (أى الدفع الذى يدفع به من وفى بالتزامه ضد من لم يوف بالتزامه هو الآخر في عقد تبادلى) ، فانه من المؤكد أن يكون تعهد المحول عليه بكر بالتزامه بالدين قبل خالده المحال اليه تعهداً مشوباً بالغلط أو مشوباً بأنه لاسبب له : وذلك لان بكر ا لم ياتزم قبل خالده الا باعتبار انه ملتزم قبل زيد أى انه لم يرض بالوفاء الى خالده الا لانه في هذا الوفاء وفاء لزيد وحيث لا وفاء لزيد فلا وفاء لخالده لان الوفاءين (وهما في الحقيقة وفاء واحد) يدوران معاً وجوداً وعدماً

ان الاعتراض وجيه في ذاته من جهة العدالة أولاً والمنطق ثانياً ولكنه غير وجيه من الوجهة القانونية . واذا تعارضت العدالة والمنطق مع القانون وجب الاخذ بالآخر لان للنطق لا يضحي من أجله القانون ولان العدالة الوضعية في حالة فردية خاصة لا تنهض وحدها وبفسها مقوضا لقانون وهو دستور المجاميع : ذلك لاننا لم ننس بعد ما قررناه بأن الاحالة أداة يستخدمها الافراد في تحقيق أغراض مختلفة اذ يستعان بها إما في انقضاء التزامات سابقة أو لاجل القرض أو لاجل الحبة أو لمسائل أخرى . اذا علم لنا ذلك قررنا حينئذ ، وهذا ما نلقت اليه النظر ، بأنه لا عبرة مطلقاً بما دار بخلد زيد المحال عليه وقت رضائه بالوفاء الى خالده المحال اليه ، من النوايا التي دفعته الى الالتزام بالوفاء أى الى هذا التعهد الجديد ، هذه النوايا أرهذه الاغراض التي من أجلها تعلق التعهد الجديد يعنى بكر لا تعتبر قانونا السبب في التزامه بالوفاء . لان السبب في الالتزامات ^(٢) هو في الحقيقة والواقع الدافع للالتزام ، أى الذى يدفع بالملتزم الى الالتزام ولكنه لم يكن هو سبب الالتزام . والقرض الذى من أجله التزم بكر بالوفاء ، وهو المسمى بالقرض الموضوعى ^(٣) هو الباعث لتعده ^(٤) وهذا الباعث يتغير بتغير الظروف والاشخاص ولا يعبأ به في صحة الالتزام

(١) non adimpleti contractus (٢) causa proxima (٣) dessein concret

(٤) causa longinquus أو motus

أما المحال اليه وهو خالد الدائن لزيد فانه عندما تمهد له بكر بالوفاء اليه بناء على تكليف^(١) زيد لبكر بالتقيام بهذا الوفاء فانه يجهل كل الجمل الروابط القانونية التي تربط زبداً ببكر وهو يجزل الدافع الذي حدا ببكر بتمهده بالوفاء اليه لان الغرض الذي يرمى اليه بكر عند الوفاء غرض من أغراض عدة وهي تختلف باختلاف الظروف . وعلى ذلك فالغلط في تقدير الغرض أو بطلانه^(٢) لا يؤثران على صحة التمهد ولا يستبران أصلاً أساسياً له : وذلك بحكي تماماً الغرض الذي يرمى اليه البائع من بيع ملكه أو الغرض الذي يرمى اليه المشتري من شراء ملك الغير فانه لا عبرة مطلقاً بالدافع ولا يعتبر ركناً أساسياً في الالتزام

وأما عن الغلط من قبل بكر المحال عليه فانه هو الذي يتحمل به دون خالد لان الغلط هذا هو نتيجة الاهمال وعدم الاحتياط من قبل بكر أي الغلط بسبب خطأه أو تقصيره فيجب أن يتحمل وحده نتائجه وليس من القانون تحميل خالد نتائج تقصير بكر لانه لم يقع منه تقصير ما نظراً لكونه لم يرض في الاحالة الكاملة بالقرير ببراءة ذمة زيد ، أو في الاحالة الناقصة ، بالتساهل مع مدينه في قبول الاحالة على الغير فهو لم يرض بذلك الا لما تمهد بكر بالوفاء

٦ — الاحالة والقوانين المصرية الحاضرة

والقانون التجاري

٤٥٩ — قر القانون الالماني في المادة ٧٨٤ فقرة ١ والقانون السويسري الخاص بالالتزامات في المادة ٤٦٨ فقرة ١ هذه القاعدة التي سبق لنا ان قررناها وهي انه في حالة رضا المحال عليه (بكر)^(٣) بالوفاء الى المحال اليه (خالد) لا يجوز للمحال عليه الاحتجاج والتمسك ضد المحال اليه بالدفع الناشئة عن الروابط القانونية التي تربطه (أي تربط المحال عليه) بالحيل . ويقول في ذلك علماء الالمان والسويسريين بان من شأن رضا المحال عليه أن ينشئ التزاماً مجرداً^(٤) أي لا تتوقف صحته على الاعتبارات

(١) jussus (٢) caducité (٣) assigné أو délégué (٤) obligation abstraite

القائمة بين المحال اليه^(١) والمحيل^(٢) وهذا الافصاح التشريعي في قانونين المصريين الالمانى والسويسرى هو ما قرره القضاء الفرنسى من طريق الاجتهاد القانونى هذا وهناك شبه كبير بين الاحالة فى القانون المدنى والاحالة فى القانون التجارى لأنها وان أدت عملاً عظيماً فى المجال المدنى الا أنها تؤدى عملاً أجل وأعظم فى المجال التجارى . ذلك لان الكبيالة^(٣) وما يلحق بها ترجع فى حقيقتها الى الاحالة المدنية^(٤) اذ المحيل فى الكبيالة^(٥) هو الساحب^(٦) والمحال اليه^(٧) هو حامل الكبيالة أى صاحبها^(٨) والمحال عليه^(٩) هو المسحوب عليه^(١٠) ومن المقرر أن ليس للمسحوب عليه بمجرد رضائه بدفع الكبيالة أن يحتاج على حاملها بالدفع التى كان يتمسك بها ضد الساحب . ويرجع ذلك كله الى نظرية الاحالة المدنية لان الساحب يعتبر محيلاً والمسحوب عليه يعتبر محالاً عليه وحامل الكبيالة يعتبر محالاً اليه

(٣) فى المقاصة القانونية أو المقاصة^(١١)

١ — كلمات عامة

٤٦٠ — المقاصة هى الوسيلة الثالثة من وسائل الوفاء وبها تنقضى الالتزامات من غير الدفع بالنقد مرتين ففيها تبسيط للروابط القانونية بين المتعاقدين الدائن والمدين ويؤخذ بهافيا اذا كان كل من الطرفين دائناً ومديناً معاً والدينان من نوع واحد ويغلب ذلك فى النقود وبها ينقضى الدينان تماماً اذا كانا متساويين فى المقدار . أما اذا اختلفا فانهما ينقضيان أيضاً بمقدار أصغرهما . والفرق بينهما يوفى به المدين لدائنه . وهى وسيلة يستعان بها للافلات من الوفاء بالنقد^(١٢) أى أن كلا من الدائن والمدين يتقاضى دينه من نفسه . وعلى ذلك فالمقاصة هى الوفاء من الطرفين من غير الدفع النقدى ، ويحصل الوفاء حينئذ ، كما يقولون ، بملة للمقاصة أى بدون دفع نقود

(١) assigné (٢) assignant (٣) lettre de change (٤) تالير Thaller

القانون التجارى الطبعة الخامسة ن. ١٧٢٩، ١٠٣٩، ٦٠، ١٧٩٩ و (٥) déléguant (٦) le com- (٧) délégué (٨) porteur (٩) le tiré (١٠) (١١) la compensation أو la pensation légale وهى المقاصة الحقيقية التى تحصل بقوة القانون وهناك نوعان آخران من المقاصة وفى تسميتها بالمقاصة تجاوز وستنكم عنها على حدة فى بقية ٤٧٣ (١٢) versement de fonds

هذه هي الفائدة من المقاصة من الوجهة الاقتصادية في تبسيط الروابط القانونية بين الدائن والمدين . ولها فائدة أخرى قانونية وهي الاشراف على حماية مبدأ المساواة بين الطرفين . وذلك أنه اذا وفي أحد الاثنين بدينه وانتظر الوفاء من الآخر خفيف عليه من اعسار هذا الآخر المدفوع اليه ^(١) فيما اذا بدد ما استلمه وتوقف عن الدفع أما اذا حصلت المقاصة دون وفاء فعلى من الجانبين اعتبار كل واحد منهما خالصاً بدينه وتقررت وتنفذ المساواة بينهما . لذا يمكن اعتبار المقاصة وسيلة من وسائل الضمان ^(٢) في الوفاء اذ يعتبر كل من الطرفين آمناً مطمئناً الى الحصول على حقه لانه ينظر الى الدين المطلوب منه باعتباره ضامناً للدين المطلوب له

٤٦١ — واذا كانت المقاصة قد عملت على حماية حق المساواة بين الطرفين المتعاقدين الا أنها من طريق آخر تعمل على هدم حق المساواة بين الدائنين فيما بينهم عند اعسار مدينهم وعند اقسام ثمن ماله بنسبة حصصهم ^(٣) بينما يكون الدائن صاحب المقاصة قد خرج بدينه كاملاً من طريق الوفاء التبادلي التصوري . وعلى هذا الاعتبار يمكن النظر الى المقاصة كأنها تقرر امتيازاً خالصاً لهذا الدائن اضراراً بجماعة الدائنين لذا التفت القانون الى هذه الحالة الضارة بتلك الجماعة وذلك في حالة افلاس المدين ، أحد طرفي المقاصة ، فقرر انه من وقت حصول الافلاس يجب أن يتساوي جميع الدائنين في الوفاء ^(٤) كذلك منع القانون المقاصة في المسائل المدنية كلما تعلق بالدين حق لدائن آخر بمقتضى حجز أوقعه تحت يد مدين مدينه فالمحجز يمنع المقاصة التي يتولد سببها من بعده وفي ذلك حماية للدائن المحجز

٤٦٢ — هذا والمجال الذي تنمو فيه المقاصة وتظهر فيه آثارها الاقتصادية الهامة هو المجال التجاري . والمقاصة نتيجة حتمية للعمليات التجارية . اذ يندر في المجالات التجارية أن يكون التاجر دائناً غير مدين أو مديناً غير دائن بل الغالب أن يجمع في نفسه صفتي الدائن والمدين في تعامله مع الآخرين ويظهر ذلك على الاخص في تعامل التاجر مع مصرفه المالي أو التاجر مع الوكيل بالعمولة وذلك كله يرجع الى أن التجارة

تنمو وتتغذى بالنقطة المتبادلة بين التجار^(١) وأن الثقة المتبادلة هي قوام التجارة وحياتها وهي ترمي في طريق رقيها ونموها الى الوفاء بغير الدفع النقدي أى الى تبسيط الوفاء بقدر الامكان . ومن هنا نشأ الحساب الجارى ، والمقاصة أساسه الذى يرتكز عليه وذلك لان جميع الديون المقررة في ذمة كل طرف من الطرفين قبل الآخر تندمج في هذا الحساب الجارى الذى يتلعمها وتفى فيه من طريق المقاصة في الحال ، ولا يوفى في نهاية الحساب الا بقدر الباقي أى الرصيد^(٢) فقط دون غيره

٤٦٣ - ولم تقف منافع المقاصة عند هذه الفائدة بل تمددت هذه المنافع وتسربت المقاصة الى النظام المعروف بنظام مصارف الامانات أو الودائع^(٣) وما تجر به هذه المصارف من الاكثار في استعمال التحاويل^(٤) . وذلك أن هذه المصارف تتلقى من التجار أوامر بتحصيل ديون لهم على الغير ، ويدفع ديون عليهم لآخرين . وتصدر هذه الاوامر على شكل أوراق ذات قبة تجارية^(٥) أو تحويل وعلى ذلك تفتح هذه المصارف حسابا جاريا باسم التاجر الذى ياملها ثم يحصل الوفاء بين هذه المصارف بعضها البعض من طريق المقاصة فيما بينها أى أنها تفتح هي الاخرى حسابا جاريا لها فيما بينها . ولقد انشئت بفرنسا عرفة خاصة بالمقاصة تسمى بغرف المقاصة^(٦) ، وهي تحكي الغرف الانكليزية المسماة بمكاتب التصفية^(٧) ، والغرض منها تسهيل العمل على انجاز هذه المقاصة . وبهذا الاسلوب يحصل الوفاء بديون عديدة دون الاستعانة بالنقد^(٨) والمصارف المالية هي الواسطة بين الافراد في اجراء المقاصة والافراد هم الملتزمون قبل بعضهم البعض . أما المصارف فلا التزام بينهما أى لا تعتبر فيما بينها دائنا ومدينا . لانها مع كونها تجرى المقاصة فلها تجربها الحساب الافراد الملتزمين قبل بعضهم البعض لا لحسابها هي حيث لا التزام بينها يربط بعضها البعض

(١) institution des banques de dépôt (٢) solde (٣) crédit (٤) clearing-hou- (٥) effets de commerce (٦) chambres de compensation (٧) ses

٢ - في خصائص المقاصة

٤٦٤ - تقع المقاصة في الدينين بحكم القانون وقوته^(١) وبدون علم الطرفين اذ ينقضى الدينان الواحد بعد الآخر في الوقت الذي يتوافقان في وجودهما . ويحصل الوفاء فيهما معاً بقدر أصغرهما ان كانا غير متساويين وهذا هو ما تقول به المادة ٢٥٦/١٩٢ مدني و١٢٩٠ فرنسي وهي تقرر أكبر خاصية من خواص القانون المصري الذي يشبه القانون الفرنسي فيها أيضا : أي أن اقتضاء الدينين يحصل من تلقاء نفسه^(٢) في الوقت الذي يتفق وجودهما معا دون الحاجة الى رضا الطرفين في هذا الاقتضاء هذا وما هو محل الغرابة في تقرير هذه الخاصية انها تقررت بناء على تفسير غير صحيح حصل من طريق التوسع فسرت به بعض النصوص الرومانية على غير ما وضعت له في الأصل

لان القانون الروماني ظل زمنا طويلا لا يعترف بالمقاصة الا في حالة ما اذا حصل الاتفاق عليها بين الطرفين ، ذلك انه اذا وجد شخصان وكان كل واحد منهما دائما ومدينا للآخر جاز لهما الاتفاق على اقتضاء الدين بقدر الأصغر فيهما . اما اذا لم يتفقا فكان من اللازم أن يتوم كل من الطرفين بوفاء بدينه للآخر . فاذا لم يف الدين بدينه جاز لدائنه مقاضاته وليس للدين الحق في دفع الدعوى قبله بما اشتغلت به ذمة للدعي له به . كانت هذه الحالة الغريبة مخالفة لما طبع عليه الرومان من تعويلهم على الاعتبارات العملية ولكن لهذا الشذوذ حكمة ترجع لبعض الخصائص المعروفة عندهم في المرافعات والاجراءات المتبعة في سير القضايا . ذلك انهم لما رأوا أن القاضي الذي يفصل في الدعوى في دورها الثاني^(٣) هو قاض غير حكومي أي قاض عرفي أو محلف مدني^(٤) قرروا أن لا يوجه اليه من الاسئلة من جانب البريتور - الذي يحضر الدعوى في دورها الأول ويرسلها للقاضي للحكم فيها - الا سؤال واحد . فيجوز حينئذ للدعي عليه دفع الدعوى قبله بأنه لم تشتغل ذمته بالدين مطلقا أو أن

(١) الكلام هنا عن المقاصة القانونية la compensation légale ولكن هناك نوعين آخرين

من المقاصة يأتي الكلام عليهما في مادة ٤٧٣ كما قدمنا في الحاشية على مادة ٤٦٠

(٢) automatiquement (٣) Judex (٤) simple juré civil

هذا الدين قد انقضى وزال ولكنه لم يكن مأذوناً له وهو في مقام الدفاع عن نفسه بان يطلب هو الآخر طلباً فرعياً^(١) أى يطلب طلباً خاصاً به وهو الدين الذى له في ذمة المدعى^(٢)

هذا هو المبدأ الرومانى الذى تقرر أولاً ولكن قد طرأت عليه فيما بعد بعض تعديلات مسته . ذلك انه ورد بلؤلؤف الذى أعده جوستيان لطلبة الحقوق^(٣) ان « مارك اوريل »^(٤) قرر بانه في حالة ما اذا رفعت الدعوى على المدعى عليه بدين وادعى المدعى عليه بمذبونية المدعى أيضاً جاز للمدعى عليه دفع الدعوى بدفع الفش^(٥) لان من يطالب بما يجب أن يرده انما يرتكب غشاً . وقد تقرر الاخذ بهذه القاعدة في حالة دعاوى حسن النية^(٦) وهى تلك الدعاوى التى يفترض فيها دائماً وجود هذا الدفع : على هذه الاعتبارات تقرر المقاصة

وجاء جوستيان وعالج هو الآخر القواعد الخاصة بالمقاصة من طريق التفسير والتعديل بما أودعه بمجموعة القوانين وبموسوعات وبالكتاب الذى اعده لطلبة الحقوق وقد ورد بهذه المجموعات شئ كثير من الاصول القانونية الحديثة اذ قرر بان المقاصة تحصل من الآن من تلقاء نفسها^(٧) ولقد اختلف المفسرون في معنى هذا التعبير أى بحكم القانون ونكثهم اتفقوا الآن على أن المعنى المقصود من هذه الجملة أن المقاصة تحصل بقوة القانون^(٨) دون الحاجة الى رضا الطرفين^(٩)

(١) demande reconventionnelle (٢) جيزار في القانون الرومانى الطبعة السادسة ص ٧١٧ actions de bonne foi (٣) Institutes (٤) Marc Aurel (٥) exception de dol (٦) (٧) ipso jure (٨) de plein (٩) أما ما ورد من النصوص الرومانية بموسوعات جوستيان فانها تنفي العكس . ذلك لان عبارة من تلقاء النفس ipso jure كانت تدل قطو بكل سهولة على أن المقاصة تطلب دون الحاجة الى التقيد بالقيود القانونية المقررة في المرافعات الرومانية أى دون أن يفرغ طلب المقاصة في قالب دفع خاص بالفش

هذا هو التفسير الصحيح لتلك الجملة ipso jure كما ورد بموسوعات جوستيان : ولكن المعلقين على القانون الرومانى les glossateurs لم يفسروا بهذا التفسير ولم يرجع عندهم هذا المعنى بل راجع عندهم المعنى الآخر وهو أن المقاصة المقررة في عصر جوستيان هى المقاصة التى تتحقق عند قبول الدينان معاً وانها تحصل بمحض قوة الثانون وسلطان وقد تأيد هذا الرأى في القرن السابع عشر والثامن عشر واخذ به نهائياً وقال به جوتيه ودوما .

٣ - في شروط المقاصة

٤٦٥ - قلنا إن المقاصة وفاء وقال بذلك القانون (المادة ١٩٢ / ٢٥٦ مدني
« المقاصة نوع من وفاء الدين ») وما دام انها وفاء فيجب أن يكون استئزال الديون
فيها كما في الوفاء (المادة ١٩٦ / ٢٦٠ مدني) ولا تحصل المقاصة بآبارها وفاء الابدوافر
شروط أربعة

الشرط الاول - يجب أنه يكون الالتزامان موجودين عند نفس
الشخصين . وهذا شرط أساسي للمقاصة أي يجب أن يكون كل واحد من الطرفين
دائنا ومدينا شخصيا وعلى ذلك لا يجوز للوكيل الدفع بالمقاصة في دين عليه بدين لموكله
وكذلك الوصي أو القيم فيما هو مقرر من الديون بالنسبة لمجور كل منهما ^(١) .
ولا يجوز للمدين للشركة أن يدفع بالمقاصة في دين له على أحد أعضاء الشركة . ما دام
أن للشركة شخصية معنوية مستقلة في شخص العضو فلا تجوز المقاصة ^(٢)

الشرط الثاني : يجب أنه يكون الالتزامان عن مبلغ من النقود أو عن أشياء
مثلة ^(٣) منه نوع واحد ^(٤) وأنه يكون الوفاء بهما وأشيأ في ذلك واحد . وهذا
هو ما تنص به المادة ١٩٤ / ٢٥٨ مدني و ١٢٩١ فرنسي حيث قررت ما يأتي :
« لا تقع المقاصة إلا اذا كان الدينان خاليين عن النزاع ومستحقى الطلب وكانا من
النقود أو من أشياء من جنس واحد يقوم بعضها مقام بعض بالنسبة لنوعها وقيمتها
وبشرط أن يكونا واجبي الاداء في محل واحد . » ويستحيل الاخذ بالمقاصة اذا
اختلف الدينان نوعا وجنسا . واذا كان الدينان من المثلثات واختلفا في النوع فلا
تصح المقاصة كما اذا التزم أحدهما بمائة قنطار قطن والتزم الآخر بمخمس قنطاراً
عسلا . على أن المادة ١٢٩١ مدني فرنسي أجازت المقاصة في حالة ما اذا كان أحد
الدينين مبلغا من النقود والدين الآخر مقداراً من الحبوب ^(٥) اذا تعينت أسعارها
بالتعير الرسمي ^(٦) . وكان القانونيون الفرنسيون قبل سن القانون الفرنسي لا يأخذون

(١) ١٦٨٠ ، ١٠٩٠٢ ، ١٠٩٠٥ ، ٤٨٧ ، ١٠٩٠٥ ، ١١٧ - (٢) ١٣ :

ملوس سنة ١٨٥٠ ، ٧ ، ١٨٥٠ - بلانيول من ١٨٤٠ ن ٥٦٩ (٣) choses fongibles

(٤) même espèce (٥) denrées (٦) cote officielle أي mercuriales

بهذه القاعدة . ولم يقل بها القانون المصري . ولا نرى ما يمنع قانوناً من الاخذ بها في المقاصة^(١) فإذا طوّل مدين بمبلغ وكان يدين دائنه بمقدار من القطن وجبت المقاصة في أصغر المبلغين بعد تسمين القطن بالاسعار الجارية في ميعاد التوريد . ويجب أن يكون محل الوفاء واحداً في الدينين إذا كانا عن شيئين مثليين أو عن مبلغ من النقود وشئ . مثلي . قال بذلك القانون المصري دون القانون الفرنسي

الشرط الثالث : أن يكون الدينان معاينين عمه النزاع^(٢) وهو ما تقضى به المادة السالفة . ويراد بالدين الخالي عن النزاع الدين الذي لا شك في اشتغال الذمة به^(٣) وكونه معين المقدار^(٤) فإذا كان أحد الدينين متنازعا فيه لا تصح المقاصة^(٥) ويجب أن يكون النزاع جدياً لا أن يعرض لمجرد التنكيل والتسويق^(٦) . وقرر هذه القاعدة جوستينيان^(٧)

ويجب أن يكون الدين مقدراً . فإذا لم يكن مقدراً وتعذر تقديره فيما بعد أو احتاج التقدير الى وقت طويل فلا تصح المقاصة أما إذا سهل أمر تقديره وجب التقدير ثم وجبت المقاصة من بعده^(٨)

٤٦٦ - ولقد انتقد بعض القانونيين هذا الشرط في المقاصة وقلّوا بأنه ما دامت المقاصة تقع بحكم القانون وقوته فلا عبرة حينئذ بمنازعة الطرفين بعضهم البعض أو

(١) ولم يردى هلس الاخذ بها ولم يأت بأبواب . ج ١ ص ٣٢٣ ن ٧ ققرة ٢ . على أننا لا نرى ما يحل بالقواعد القانونية في الاخذ بالمادة ١٢٩١ فرنسي في حالة ما إذا كان تسمين البضائع سهلاً ويرجع إلى البرصة (٢) liquides (٣) مجموعة جال ج ١ ص ٦٥٦ ن ١٨٤١ - و ص ٦٥٧ ن ١٨٤٢ (٤) وعلى ذلك تحصيل المقاصة فيما تدائن الراسي عليه الزاد من دين له وفيما عليه من ثمن الصفقة . ولا تحول المقاصة دون ضرورة قيد اسم هذا الدائن قائمة التوزيع ٢٩ مايو سنة ١٩٢٣ ، ٣٥ ، ٤٦٨ ، ٢٩٠٣٣ - ١٤٠٣٥ . وتحصل هذه المقاصة بعد مضي المدة المقررة لزيادة الثمن : ٣٨ مايو سنة ١٩١٨ ، ٣٠ ، ٤٥٠ . والمقاصة في هذه الحالة مفعول رجعي يرجع الى تاريخ مرسى الزاد : ٢٩ مايو سنة ١٩٢٣ ، ٣٥ ، ٤٦٨ . ولكن يشترط في هذه الحالة عدم وجود دائنين آخرين مقدمين عليه في توزيع الثمن لانه في هذه الحالة الأخيرة لا يكون دائناً بالثمن الا فيما يزيد عن ديونهم فتعوز المقاصة فيما زاد . راجع كتاب التنفيذ - لدكتور ابو هيف بك بند ١١٠٦ حاشية ٦ وبند ١٢٤٨ حاشية ٤ تنفيذ الدكتور عبدالفتاح بك ص ٥٧٠ ن ٨٣٧ في باب المناقصات (٥) ٢ مايو سنة ١٩٢٣ ، ٣٥ ، ٤٢٥ (٦) ١٥ أبريل سنة ١٩١٧ ، ٨٠ ، ٢١٧ (٧) بلايول ص ١٨٥ ن ٥٧٢ (٨) ٤ نوفمبر سنة ١٩٢٢ ، ٣٥ ، ١١٠ - قارن ما جاء في هذا الموضوع في كتاب التنفيذ - لدكتور ابو هيف بك بند ٧٦-٧٣ تنفيذ الدكتور عبد الفتاح بك بند ٨٣ - ٨٦

يجعلهم لمقدار الدين ما دام الدينان قد وجدوا ضلأ . فلذا وجدنا وقعت المقاصة ولا محالة الاعتراض وجبه من الوجهة المنطقية ولكن من الوجهة العمالية لا بد من الأخذ بالشرط المتقدم وهو خلو الدين عن النزاع أصلاً ومقداراً^(١) إذ بدونه لا تلتزم المرافعة التي تتصور المقاصة : ذلك لأنه لا يجوز مطلقاً للمدين أن يأبى الوفاء بدينه لمجرد ادعائه ادعاء مشكوك فيه باشتغال ذمة دائنه بدين له عليه أو أن يدعى بدين غير مقدر القيمة فإذا طلب المؤجر المسأجر منه بإيجار العقار وادعى المسأجر بتعرض المؤجر له تعرضاً أفسد عليه التمتع بالإيجار وأنه يطلب المقاصة في قيمة الإيجار وقيمة التعرض فلا يقبل منه هذا الطلب وتأخير الوفاء بالإيجار حتى يفصل في حقيقة التعرض أو في تقدير قيمته^(٢) . وكان القانون الفرنسي الآخذ بالعادات^(٣) يمتنع المقاصة لما يشوبها من وسائل المضايقة التي يلجأ إليها المدين متى النية لأجل تعطيل الوفاء بدينه . وقرر « لوزيل^(٤) » القاعدة الآتية : « الدين لا يمنع الدين^(٥) » أما وقد قرر القانون شرط صحة الدين أصلاً ومقداراً فلا محل للخوف من مدين متى النية يعمل على التعطيل في الوفاء على أن القانون نفسه أجاز عملاً قانونياً يمكن معه الإفلات من هذا الشرط وتعطيل الوفاء تحت يد المدين حتى يفصل فيما يدعيه هذا الأخير من دين له على دائنه ذلك أن القانون أباح للمدين نفسه توقيع المحجز تحت يده هو ووفاء لما يدعيه قبل دائنه^(٦) (المادة ٤٣١/٤٩٣ مرافعات) والفرق حينئذ بين المقاصة والمحجز تحت يد

(١) راجع في شرح هذه النقطة كتاب التنفيذ للدكتور أبو هيف بك بند ٧٦ حيث جعل مع جارسوني شرط خلو الدين عن النزاع *La créance n'est pas contestée* شرطاً مستقلاً نوعاً ما عن تحقق وجود الدين ومعلومية مقداره وقوله أن الدين للنزاع فيه لا يكون محقق الوجود إذ حصل النزاع على ترتيبه في الذمة ولا يكون معلوم المقدار إذا حصل النزاع على مقداره وأن الدين الذي بين يدي صاحبه المستند الحاضر على وجوده هو في منزلة الدين المحقق الوجود وأن الدين الذي يمكن تقديره فوراً وبلا صوبية هو دين مدين المقدار وأنه يترك الفصل للقضاء في معرفة ما إذا كان النزاع جدياً أو يتقدير محضاً بالمصاعب حتى يعتبر الدين غير محقق الوجود أو غير معلوم المقدار . وراجع في تطبيق هذه النقطة فيه على مسئلة فتح الاعتماد *acte d'ouverture de crédit* بند ٧٧ وما بعده . وفيما يتعلق بفتح الاعتماد راجع أيضاً تنفيذ الدكتور عبد التتاج بك ن ٨٤ (٢) ٥٠٨٠١٠٩٠٧٢٠٠٠ س.س. ٥١٣٠١٠٩٠٩ (٣) *droit coutumier* (٤) *Loysel* (٥) *Une dette n'empêche pas l'autre* (٦) *saisie-arrest sur soi-même* أو *saisie-opposition*

الدين نفسه ان في المقاصة لا بد من شرط خلو الدين عن كل نزاع في أصله وفي مقداره . وأما في هذا الحيز فانه يجوز اذا كان الدين ثابتاً على شرط أخذ اذن^(١) من القاضي بتقدير الدين غير المعلوم المقدار في الاصل (المادة ٤١٢/٤٧٣ مرافعات) وفي ذلك ضمان صد المسوقين على غير طائل

الشرط الرابع : يجب أنه يكون الدينان مستغنى الدفع^(٢) : وهذا ما تقرره أيضاً المادة ١٩٢/ ٢٥٦ مدني و١٢٩١ فرنسي . فإذا كان أحد الدينين موقوفاً على أجل فلا تتبع المقاصة الا عند حلول الأجل^(٣) وللدائن الحق في المطالبة بدينه الحال من دون أن يصح التمسك ضده بالمقاصة في دين لم يحل بعد . لان المقاصة عبارة عن الوفاء في الدينين وليس هناك وفاء طالما ان هناك أجلاً . ولا يمكن اكراه الدائن على المقاصة لان فيها الزاما له بالوفاء قبل حلول الاجل وفي ذلك ضرر عليه لا محالة لانه يحرم حينئذ من ميزة الاجل .

والاجل على نوعين : أجل بالاتفاق^(٤) وأجل يضربه القاضي^(٥) فالأول يحول دون المقاصة . وأما الثاني فلا (المادة ١٢٩٢ فرنسي وهو حكم عام) ذلك لان الاجل القضائي منحة من القاضي لمدين سبيء الحظ دعت ظروفه الى الرأفة به عند ما لم تمكنه حالته من الوفاء . فاذا طالب هذا المدين ، صاحب المنحة ، بدين هو الآخر ، جاز دفع دينه بالمقاصة فيما هو مدين فيه لانه الآن في حالة تمكنه من الوفاء وليس في حاجة الى الاجل^(٦) ، وله حينئذ أن يتخالص مع دائنه بواسطة عملة المقاصة^(٧)

واذا كان أحد الدينين معلقا على شرط فتحصل المقاصة اذا كان الشرط فاسخا . أما اذا كان توقيفيا فلا^(٨) ، ذلك لان الشرط الفاسخ طالما انه لم يتحقق بعد فلا يؤثر على الحق المقرر من قبل . وأما الشرط التوقيفي فلا يتقرر الحق فيه الا بتحقيقه .

(١) permis ou ordonnance (٢) exigibles (٣) دي مجلس ج ١ ص ٣٢٤ ن ١٠

(٤) terme conventionnel أو terme de droit (٥) terme de grâce (٦) دي مجلس

ج ١ ص ٣٢٤ ن ١١ (٧) monnaie de compensation كبتان ص ١١٨ - بلايول

ص ١٨٥ ن ٥٧٤ (٨) ٣ ١ ديسمبر سنة ١٩٠٦ ، ١٩٠٦ - دي مجلس ج ١ ص ٣٢٥ ن ١١

وطالما أن الشرط لم يتحقق فلا يوجد الحق المعلق عليه ^(١)، وتصح المقاصة في دين قابل للبطلان ^(٢). ولكن تبطل المقاصة إذا قضى بالبطلان. ويجوز الدفع بالمقاصة أمام الاستئناف ^(٣). على شرط أن لا يكون الغرض منها الكيد للخصم. وعلى شرط أن تكون خاصة بالمقاصة القانونية. أما المقاصة القضائية (ن ٤٧٣). فلا يؤخذ بها في الاستئناف لأنه يترتب على ذلك حرمان الخصم من درجة من درجتي التقاضي ^(٤)

٤ - فيما لا يجوز فيه المقاصة

٤٦٧ - لا يجوز المقاصة في حالة الاضرار بحقوق مكتسبة للغير ^(٥) وفي حالة عدم جواز الحجز على الدين ^(٦) وفي حالة الغضب والوديمة وحالة الكفيل وحالة التضامن

٤٦٨ - **المادة الأولى:** **حالة الاضرار بحقوق مكتسبة للغير.** إذا تقرر للغير حق على أحد الدينين الباخرين في المقاصة فلا يجوز المقاصة حينئذ وهذا ما يقضى به المثل والعدالة معاً لأن في تقرير الحق للغير على الدين نزاعاً لحرية الوفاء به عند المدين به. ويقع ذلك في موضعين.

١ - **حالة المحجز تحت يد الغير** ^(٧): لا تصح المقاصة إذا تقرر للمحجز لديه دين في ذمة دائنه بعد الحجز (المادة ١٩٩/٢٦٣ مدني ١٢٩٨ فرنسي) ^(٨)

٢ - **في حالة إفلاس الدائن**: إذا أفلس الدائن ثم تقرر لمدينه حق عليه بعد الإفلاس فلا يجوز المقاصة لأنه من الواجب التسوية بين جميع الدائنين للمفلس بعد الإفلاس ^(٩)

ولا يؤخذ بهذه القاعدة في حالة الحساب الجاري ^(١٠) لأنه نظراً لعدم قابلية هذا

(١) وعلى ذلك تصح المقاصة إذا صدر حكم ابتدائي بالدين ولم يصبح نهائياً بالاستئناف. إذ يعتبر الحق المقرر به حقاً مطلقاً على شرط فاسخ. - حكم ١٣ ديسمبر سنة ٩٠٦ المذكور (٢) annulable ou rescindable : ١٠ ديسمبر سنة ٩١٤، ٢٧، ٥٩، ١٦ يناير سنة ٩١٧، ٢٩، ١٥١، (٤) ٢١ نوفمبر سنة ٩٢٢، ٣٥، ٤٣، وكتاب المرافعات للدكتور أبو هيف بك، ١٢٥٨ و ١٢٥٨ وما بعده. ومرافعات الدكتور عبد الفتاح بك ص ٦١٣ (٥) droits acquis (٦) créance insaisissable (٧) saisie-arrêt (٨) دي مجلس ج ١ ص ٣٢٦ ن ١٨ (٩) كابتان ص ١٢٠. - بلانول ص ١٨٦ ن ٥٧٦ (١٠) compte-courant

الحساب للتجزئة^(١) فلا عبرة فيه الا بالصافي أو الرصيد^(٢) وهو الصافي الذي يدخل في التغطية .

٣ - في حالة إسقاط الدين أو تحويله وقبول المدين بالوفاء . اذا حول الدائن دينه الى المحول اليه ورضى المدين بالتحويل فلا يجوز له بعد ذلك الادعاء بالمقاصة في هذا الدين مع دين له سابق على الرضاء (المادة ١٩٧ / ٢٦١ مدني) وله فقط حق الرجوع على مدينه المحيل . ذلك لانه قد تقرر للمحول اليه حق على الدين بمجرد حصول الرضاء أى ان المقاصة لا يصح لها أن تضر بحقوق مكتسبة

٤ - بالمقاصة القانونية تبرأ ذمة للمدين الشريك والمدين التضامن والكفيل بنفسه أو بماله (أى من قدم رهنا تأمينيا أو حيازبا عن عقاره لامن المدين) وهذا هو ما قضى به المادة ١٩٨ / ٢٦٢ مدني و ١٢٩١ فرنسي . فاذا وفى المدين بدين عليه ولم يلتفت الى ماله هو الآخر من الدين قبل دائه ولم يدفع بالمقاصة ثم جاء وطالب بالدين الذى له ، وكان هذا الدين مؤمنا له بأى نوع من أنواع التأمينات كالاشتراك في الدين أو التضامن أو الكفالة أو الرهن التأميني أو الحيازي ، صح طلبه في الدين دون الاستعانة بالتأمينات لانها سقطت بحكم المقاصة القانونية التي وقعت بحكم القانون وبرغم عدم تسكه هو بها ويصبح دينه عاديا غير مضمون ويخشى فيه من اضرار المدين . انما تعود التأمينات الى الدين أو تبقى لاصقة به اذا أبدى هذا الدائن عنذراً مقبولا في أنه كان يجمل وجود دين له وهو ذلك الدين المضمون باحدى هذه التأمينات

مثلا : لزيد قبل بكر دين قدره ١٠٠ جنيه مكفولا بكفيل . ولبكر قبل خالد دين قدره ١٠٠ جنيه . أى ان بكراً مدين لزيد ودائن لخالد في مبلغ واحد . وخالد هو الوارث الوحيد المحتمل لزيد بعد وفاة هذا الاخير : وقد حل دين بكر قبل خالد فطالبه به فدفعه . وبعد ذلك تبين لخالد ان زيدا مورثه توفي من زمن أى قبل حلول دينه المطلوب لبكر . فبمجرد وفاة زيد يصبح خالد وارثا له ويصبح هو صاحب الدين وحده قبل بكر . أى يصبح خالد دائنا لبكر ومدينا له . وطبقا للقانون يجب أن يسقط

(١) indivisibilité (٢) solde أي الصافي للدائن solde en actif أو المافي على المدين solde en passif

الدينان بالمقاصة ويترتب على سقوطهما سقوط الكفالة عن عاتق الكفيل بكر .
 بمعنى انه اذا دفع خالد الدين المطلوب منه الى بكر ولم يدفع بالمقاصة قدسقطت الكفالة
 على كل حال لان سقوطها كان بحكم القانون وسلطانه بمجرد التواء الدينين قصاصاً
 وفنائهما بالمقاصة . ولكن لما كان خالد عند دفعه للدين المطلوب منه شخصياً بكر
 لا يعلم بوفاة زيد مورثه ، أى انه لا يعلم بحادث الوفاة الذى من شأنه أن يجعله هو الآخر
 دائماً لبكر فى مبلغ ١٠٠ جنيه ، فان القانون فى هذه الحالة أباح بقاء الكفالة الضامنة
 لدين زيد قبل بكر (أى دين خالد قبل بكر) أى انه أحيائها بعد موتها وأعادها الى
 عالم الوجود بعد أن كانت قد فثت وزال أثرها بالمقاصة وبحكم القانون . فبالقانون
 يفنى الالتزام وبالقانون يحيا أى بالقانون يموت الالتزام وبالقانون يبعث . وهذا شذوذ
 فى جبل المقاصة أداة غير قاطعة . لانه ينبا تستخدم المقاصة أداة للوفاء فى حالات معينة
 وبشروط خاصة ، اذ لا تصح للوفاء فى نفس هذه الحالات وبفس هذه الشروط . وكان
 الاجدر بالشارع فى حالة جويل خالد بوفاة زيد مورثه أن يجعله وحده هو الذى يتحمل
 دون غيره نتائج عدم تلمه بالوفاة لا أن يحمل بها الكفيل . أى يجعل الشارع الضامن^(١)
 على خالد لا على الكفيل . والميزان الذى يصلح فى هذه الحالة فى معرفة مَنْ مِنْ
 الاثنين يتحمل نتيجة عدم العلم يرجع الى هذه النظرية « نظرية المقاضلة » التى قلنا بها
 غير مرة وهى من هو الجدير بين الاثنين بحماية الشارع له ؟ هل الكفيل الذى اتقضى
 دينه بحكم المقاصة باعتبار المقاصة وفاء ، أى عملة وفاء ؟ أو الوارث الذى كان يجب
 عليه أن يبحث وينقب ليعلم ما يحيط به من الظروف فيتلمس خبر وفاة مورثه ؟ أى
 ان الذى لا يحميه القانون هو الذى كان يجب عليه أن يعمل عملاً ولم يعمل سواء كان
 عدم عمله له ناشئاً عن قصير أوجن قوة القاهرة أو حادث جبرى اذ عليه تبعه ما يتعلق
 بشخصه وليس من العدل أن يتحمل الغير تبعه عمل ليس منسوباً له
 هذه القاعدة ترجع أيضاً لنظرية « الحق المكتسب » اذ بالمقاصة القانونيون والقانوناء
 المحكى فى الدينين وهو الوفاء الذى يقول به القانون ، سقط التأمين عن عاتق الحمل
 به وبذلك يكتسب حق التحرير من التأمين ، فلا يجوز للدائن إعادة التأمين الى ما كان

عليه اضراً بصاحبه، ولكن هكذا قرر القانون فلا مفر من حكمه

٤٦٩ - الحالة الثانية . في حالة عدم قابلية الدين للمحجز عليه - اذا

كان أحد الدينين غير قابل للمحجز عليه ^(١) فلا تقع المقاصة . فاذا طالبت الزوجة زوجها بالنفقة فليس له الحق في التمسك ضدها بسقوط دين النفقة فيما له عليها من الديون لان في قبول المقاصة تعطيلاً لمزية عدم المحجز على دين النفقة وهو ما يحظره القانون ^(٢)

٤٧٠ : الحالة الثالثة لا تجوز المقاصة في حالة الوديع أو الغصب :

١ - الغصب ^(٣) اذا اغتصب شخص شيئاً مملوكاً لا آخر بان أخذه منه بدون حق وطالبه ماله به فلا يجوز للغاصب التمسك قبله بالمقاصة في هذا الشيء بسبب دين يدعيه على المالك (المادة ١٢٩٣ ققرة ١ فرنسي) بل يجب عليه اولاً رد الشيء . ويلاحظ كولين وكاتبان ^(٤) على هذه المادة الفرنسية بأنه ما كانت هناك حاجة الى وضعها لان الغاصب لا يستفيد من المقاصة الا اذا كان ما اغتصبه مبلغاً من النقود أو شيئاً من المحبوب التي يمكن تقويمها بالاسعار الرسمية . ولكنهما يلاحظان مع ذلك أنه يمكن الاخذ بتلك المادة في حالة ما اذا اغتصب موثق ^(٥) بلا حق مالا مملوكاً لمن عامله في عمل فلا يجوز للموثق في هذه الحالة أن يتمتع عن رد هذا المال مديماً بأنه له هو الآخر مالاً على خصمه ^(٦)

أما القانون المصري فإنه لم ينص على هذه الحالة ^(٧) إنما نص على الحالة الآتية وهي الخاصة بالوديعة . واذا كان قد أبي الاخذ بالمقاصة في حالة الوديعة فهو من باب أولى يأبي الاخذ بها في حالة الاغتصاب

٢ - الوديع ^(٨) : لا تجوز المقاصة في دينين أحدهما كان محلاً للوديعة سواء

كانت الوديعة مبلغاً من المال أو من الاشياء المثالية (المادة ١٩٥ / ٢٥٩ مدني و ١٢٩٣

(١) كدين النفقة (كما تقول المادة ١٢٩٣ ققرة ٣ فرنسي) أو أي دين آخر غير قابل للمحجز عليه بوجه عام كما تقول بحق المادة ١٩٥ / ٢٥٩ مدني (٢) بلانول ص ١٨٦ ن ٥٧٨ - دي هلس ج ١ ص ٣٢٧ ن ٢٢ وص ٣٢٨ ن ٢٣ - كاتان ص ١٢٠

(٣) spoliation (٤) ج ٢ ص ١٢١ (٥) notaire (٦) د ٩٠٤ ، ١٠١ ، ١١٥ - س ٩٠٣ ، ١٠٠٤ (٧) دي هلس ج ١ ص ٣٢٩ ن ٢٥ (٨) dépôt

فقرة ٢ فرنسي) وقد نص القانون الفرنسي على عارية الاستعمال واستمراض عنها القانون المصري بالوديعة بالشئ، والنديجة واحدة. ولكن تصح المقاصة اذا كان مبلغ النقود موجوداً تحت يد الامين بصفة أمانة تدفع عند الطلب^(١)

٤٧١ - الحالة الرابعة: حالة الكفيل: لا يجوز المدين الأصلي أن يدفع الدعوى قبله بالمقاصة اذا كان لكفيله دين في ذمة دائته (المادة ٢٠/٢٦٤ مدني و ١٢٩٤ فرنسي)

٤٧٢ الحالة الخامسة: المبرم المتضامن: لا يدفع المدين التضامن الدعوى قبله والموجهة اليه من الدائن بدفع المقاصة اذا كان لاحد المدينين المتضامين دين في ذمة الدائن رافع الدعوى الا بقدر نصيب هذا المدين المتضامن (والدائن لرافع الدعوى) في الدين المرفوعة به الدعوى (المادة ٢٠١/٢٦٥ مدني و ١٢٩٤ فرنسي^(٢))

٥ - في المقاصة بالتراضي والمقاصة القضائية

٤٧٣ - ما قرره ابتداء من بنّدة ٤٦٠ خاص بالمقاصة القانونية أى التي يقول بها القانون. ولكن هناك نوعان آخران للمقاصة وهما المقاصة بالتراضي والمقاصة القضائية

فالمقاصة بالتراضي أو بالرضاء^(٣) هي ما يتفق عليها الطرفان طبقاً للقاعدة القائلة بان العقد قانون المتعاقدين (المادة ١١٣٤ مدني فرنسي) وعلى ذلك يجوز لها الاتفاق على المقاصة عن دين موقوف على أجل أو شرط أو عن دين بشئ معين في مقابل أى دين آخر

وأما المقاصة القضائية^(٤) فتقع في حالة الطلبات الفرعية أو دعاوى المدعى عليه اثناء القضية. فإذا طالب المؤجر المستأجر مثلاً بقيمة الايجار عن أرض زراعية وادعى للمستأجر بان خفراء المؤجر سرقوا زراعته ولذلك يطلب تعويضاً منه جاز للقاضي تقدير التعويض وعمل المقاصة في الدينين

(١) remise à découvert ٣٨١، ١٠٩٠٣، ٣٨١، ١٠٩٠٥، ٣٨١، ١٠٩٠٥ - دي هلس ج ١

ص ٣٢٨ ن ٢٤ (٢) دي هلس ج ١ ص ٣٢٣ ن ٦

(٣) compensation conventionnelle (٤) compensation judiciaire

وأذا دقتنا النظر في هذين النوعين وهما المقاصة بالاتفاق والمقاصة القضائية، نرى أنهما لا يقيدان بالمقاصة القانونية من حيث توافر الشروط اللازمة لها قانوناً لأنها كما تحصل في حالة الاتفاق، بشأن دين موقوف على أجل مثلاً قلها تحصل في حالة القضاء بها، بشأن دين متنازل فيه أو بشأن دينين متنازعين فيهما فيقدرهما القاضي ويسقط أحدهما في الآخر وبذلك يمكن القول باستقلال هذين النوعين عن المقاصة القانونية

٦ - في المقارنة بين المقاصة في القانون

المصري والقانون الالمانى

٤٧٤ - المقاصة في القانون المصري هي كالمقاصة في القانون الفرنسي سواء بسواء تنحصر فيهما في أنها « وفاء مضاعف وموجز من تلقاء نفسه »^(١) أما القانون الالمانى فانه يختلف عن ذلك لانه لم ينظر الى المقاصة باعتبارها أداة اقتصادية بل اعتبرها أداة للعدالة وأداة ضمان أى انه اعتبرها تأميناً لدين الدائن . وذلك اننا رأينا عند ما تكلمنا على خصائص المقاصة أنها تضمن لاحد الدائنين الدافع لدينه ما له قبل مدينه من الدين لانه اذا دفع ولم يدفع اليه كان في ذلك اجحافاً به . وعلى هذا الاعتبار تعتبر المقاصة أداة للضمير له ضد اعسار مدينه (ن ٤٦٠) . ويلاحظ أيضاً في مجال للمعاملات بين الافراد أن الفرد قد لا يرضى بان يكون دائناً لآخر الا لاعتقاده بأنه سيكون قريباً مديناً له . لذا يقبل أن يكون دائناً لانه مطمئن الى دينه من طريق الوفاء به بواسطة المقاصة كما يقول القانونيون أما الاختلافات بين القانون المصري والالمانى فهي ما تاتى :

(١) إن المقاصة في القانون المصري تحصل بحكم القانون نفسه وقوته أى تحصل من تلقاء نفسها بمجرد وجود الدينين معاً في وقت واحد بالشروط المقررة . أما في القانون الالمانى فعلى العكس من ذلك اذ لا ينقضى الدينان ولا يزولان بهذه الكيفية . بل يظلان قائمين ولكن يمكن فيما بعد تعجيلهما وذلك انه لا بد من ابداء رغبة أحد الطرفين لاجل انقضاء الدينين (المادة ٣٨٨ المانى . - قانون المادة ١٢٤ من قانون

بالالتزامات السويسرية). وليس من اللازم أن يحصل الإبداء بالرغبة أمام القضاء بل يجوز الاتفاق عليها بين الطرفين خارجاً وقبل المقاصة أمامه

فاذا أبدت الرغبة من أحد الطرفين بالمقاصة وقعت المقاصة في الحال وسرى حكمها على ما تقدمها أي أن لها أثراً رجعياً واعتبر الدينان كأنهما قد انتضيا من وقت توافق وجودهما (المادة ٣٨٩ ألماني والمادة ١٣٤ فقرة ٢ من قانون الالتزامات السويسرية) وهنا تشابه المقاصة الألمانية مع المقاصة المصرية من حيث أن مفعول المقاصة يكون من وقت التفاء الدينين معاً. وهذه المقاصة الألمانية تختلف كل الاختلاف عن المقاصة بلرضا في مصر (ن ٤٧٤) اذ لا يسري مفعول المقاصة في هذه الحالة الأخيرة الا في الوقت نفسه^(١) الذي حصل فيه الاتفاق

٢) ولا يشترط القانون الألماني كما يشترط القانون المصري أن يكون الدينان خاليين عن النزاع ومستحقى الدفع. ذلك انه لا نظر القانون الألماني الى المقاصة باعتبارها وسيلة من وسائل التأمين على دين الدائن فانه لم ير حاجة ملقا الى اشتراط هذا الشرط للخاص بعدم النزاع والاستحقاق

٣) لا يجوز في حالة الإفلاس أن يدعى المدين للمفلس بالمقاصة فيما له من الدين. وهذا هو حكم القانون المصري. والحالة عكس ذلك في القانون الألماني لأنه من المقرر فيه أن الدين المضمون بتأمينات كالاتياز والرهن يعتبر خارجاً عن التفليس

٧ - في نقد نظرية المقاصة القانونية في مصر

٤٧٥ - رأينا في قانون المصري أن المقاصة القانونية تقضى باقتضاء الدينين بحكم القانون من وقت وجودهما معاً في وقت واحد. ثم رأينا القانون الألماني يقول بالأثر الرجعي عند التمسك بالمقاصة أي عند اظهار رغبة أحد الطرفين بالتمسك بها. ومن شأن الأثر الرجعي أن يجعل الدينين كأنهما قد انتضيا دزالا من تاريخ التماثل في وقت واحد وأن العلة التشريعية الألمانية في ذلك هو أن القانون الألماني نظر الى المقاصة باعتبارها أداة لضمان الدين ووسيلة في حمايته أي تأمينه له.

ولكن اذا أمعنا النظر في المقاصة المصرية القانونية ، وهي المقاصة التي لم يقل بها القانون الالمانى . رأينا أن القانون نفسه عمل في بعض المواد على ما ينقضها ويبان ذلك انه اذا فرض ولم يدفع المدين المرفوعة عليه الدعوى بالدين بدفع المقاصة فهل يجوز للقاضى أن يحكم بها من تلقاء نفسه ؟ لا يجوز ذلك لانه من المقرر طبقا للنظام القضائى المصرى أنه لا يجوز للقاضى أن يقضى فى الدعوى الا فيما يطلبه طرفاها ما عدا ما عيس النظام العام والعوائد الحسنة والاخلاق . وعلى ذلك يجب على القاضى أن يحكم على المدعى عليه بالدين . ويحكم عليه بالدين فى الوقت الذى فيه يقول القانون نفسه بالمادة ١٩٢ مدنى بانقضاء الالتزام بمحض قوة هذا القانون وبدون علم المدين نفسه

وعند ما يعود هذا المدين المحكوم عليه بالدين ويرفع هو الآخر دعوى بالمطالبة بماله من الدين ، وهو الدين الذى كان يجب له فيه أن يطلب بالمقاصة من شأنه ، تقبل دعواه هذه ، لا باعتبارها استرداداً لما وفاه بناء على الحكم المأزم له ، أى استرداداً لمبلغ مدفوع بدون وجه حق ، بل باعتبارها دعواه الاولى . بل ويجوز له الاستعانة فى ضمان دينه هذا بالثمنينات التى كانت مقررة لدينه (فيما اذا ثبت بأنه لم يدفع بالمقاصة بسبب جهله بماله من الدين : المادة ١٩٨/٢٦٢ مدنى و ١٢٩٩ فرنسى)

أليس فى ذلك تعارض ظاهر مع مقررته المادة ١٩٢/٢٥٦ مدنى و ١٢٩٠ فرنسى فى أن الدين يسقط حتى بدون علم الطرفين ؟ فكيف يسقط ولا يسقط ؟

(٢) رأينا تحت رقم ٣ من نبذة ٤٦٨ أنه اذا تحول الدين ورضى المدين بالتحويل دون أن يتمسك بالمقاصة فيما له من الدين لدى دائئه قبل الرضاء ، لا يجوز للمدين بعد ذلك ، التمسك بالمقاصة اضراراً بالحول اليه (المادة ١٩٧/٢٦١ مدنى و ١٢٩٥ فرنسى) أليس فى ذلك أيضاً تعارض ظاهر من جانب القانون نفسه فى قوله بأن المقاصة القانونية تقع بحكم القانون وبدون علم المدينين ؟ إذ كيف يمكن اتوفيق بين انتضاء الدينين بحكم القانونين ثم عدم انتضاء أحدهما فى حالة الاسقاط ؟

وما مرمى أن القول بالمقاصة القانونية ، أى المقاصة التى يقضى بها القانون بقوته وسلطانه ، قول فى الحقيقة لا يتفق مع الواقع لانه لا يمكن الدفع بها الا من جانب صاحب الشأن فيها فاذا لم يدفع بها يجوز للقاضى أن يدفع بها من تلقاء نفسه ما دام

أنه لا صلة لها بالنظام العام والاخلاق العامة . ولذا نستطيع القول بحق أن المقاصة القانونية هي قريبة جداً من المقاصة بالرضا أو المقاصة القضائية وهي تحكي في ذلك المقاصة الرومانية التي كان لا بد فيها من أن يدفع بها بالدفع الخاص بالنش

(٤) في اتحاد الذمة

١ - في أحوالها وآثارها

٤٧٦ - اتحاد الذمة ^(١) هو الوسيلة الرابعة في الوفاء . ويراد باتحاد الذمة « . . . اجتماع صفتي دائن ومدين في شخص واحد وبدن واحد ويترتب على ذلك زوال الصفتين المذكورتين بمقابلة أحدهما للآخرى . » (المادة ٢٠٢/٢٦٦ مدني و ١٣٠٠ فرنسي)

ويحصل فيها إذا كان الشخص مديناً ثم أصبح دائناً أو العكس بأن كان دائناً ثم أصبح مديناً . ويقع ذلك غالباً في حالة للارث . فإذا كان الوارث مديناً لمورثه قبل الوفاة وأصبح بعد الوفاة دائناً للتركة سقط الدين عنه بقدر أصغر المبلغين . وإذا كان نصيبه في الدين أكبر من نصيبه في الميراث سقط الدين عنه بقدر هذا النصيب الأخير ووجب عليه الوفاء بالفرق

٤٧٧ - في آثار اتحاد الزمة : من آثار اتحاد الذمة انقضاء الدينين : الدين الذي يكون على المدين والدين الذي يكون له : وعلى ذلك تسقط التأمينات على اختلاف أنواعها بسقوط الدينين السالب والموجب فإذا كان مكفولاً بكفيل سقطت الكفالة

وإذا كان المدين الذي اجتمعت فيه صفة الدين والدائن أحد المدينين للشركيين في الدين فلا يسقط من الدين إلا بقدر نصيب هذا المدين في الدين (المادة ٢٠٣/٢١٧ مدني و ١٣٠١ فرنسي) وتقول المادة الفرنسية ١٣٠٠ بأنه يحصل مزج ^(٢) بين الدينين بقوة القانون . ومن شأن المزج أن يترتب عليه انقضاء الدينين . وتقول المادة ٢٠٢/٢١٦ المصرية إن من شأن المزج بين الصفتين معاً صفة الدائن وصفة المدين أن تتلاشى

الصفقتان معاً أى تتلاشى الواحدة في مقابل ان تتلاشى الاخرى والمعنى واحد في التعبيرين وهو انقضاء الدينين

٤٧٨ - ولكن يلاحظ أن اتحاد الذمة لا يعتبر انقضاء للدين بل هو في الحقيقة عائق يحول دون الوفاء . ويظل هذا العائق قائماً مادامت الصفقتان مجتمعتين في شخص واحد . أى أن اتحاد الذمة لا يقضى على الالتزام بالزوال بل هو يعطله ويحول بينه وبين الوفاء . وهذا هو رأي علماء الرومان في اتحاد الذمة

٤٧٩ - وهذا الرأي في اتحاد الذمة - بأنه حائل دون الوفاء وليس فيه انقضاء الدين بالذات - يبين لنا معنى ما قلناه في إحدى حالات الحلول وهي الحالة الخاصة بمشتري العقار المرهون لاخرين فيدفع الثمن لجماعة الدائنين بدلا من اتباع طريقة التطهير ، « في أن لهذا المشتري رهنا على ملكه الخاص » ^(١) (المادة ١٦٢ ققرة ٣ عبارة ٢/٢ مدني و ١٢٥١ ققرة ٢ فرنسي) ذلك أن المشتري يدفع الثمن لأقدم الدائنين فيحل محله في حقوقه بقوة القانون ^(٢) دون أن يتفق على ذلك مع الدائنين الموفى اليه بدينه . فاذا قيل بأن اتحاد الذمة انقضاء للدين أليس يترتب على ذلك أن هذا الدين الجديد الذي اكتسبه المشتري يقضى هو الآخر باتحاد الذمة ، وأنه يترتب على ذلك أن الحلول يزول بمجرد وجوده ؟ الواقع أن ذلك لا يحصل اذا نظرنا الى اتحاد الذمة ، لا باعتباره وسيلة في انقضاء الدين وزواله ، بل عائقا يحول دون الوفاء بالالتزام . ففي الحالة الخاصة بذلك المشتري تسري أحكام اتحاد الذمة بمعنى أن المشتري بعد أن أصبح دائنا مرتبنا بحق الرهن على ملكه هو فهو لا يستطيع مقاضاة نفسه . أما اذا جاء دائن آخر ذو مرتبة أقل من مرتبة المشتري وأخذ في بيع العقار بلزاد المئلي وبيع العقار فعلا وأودع ثمنه فإن المشتري يأتي في هذه الحالة يأخذ الثمن الذي دفعه من الثمن المودع ، ذلك لانه لا يوجد في هذه الحالة استحالة في الوفاء وهي تلك الاستحالة التي تفيد اتحاد الذمة بالمعنى الصحيح ^(٣)

(١) ipso jure hypothèque sur sa propre chose (٢)

(٣) كولين وكايتان ج ٢ ص ١٢٥

٢ — في نقد نظرية اتحاد الزمة

وفي تحليل المقاصة الى اتحاد الزمة

٤٨٠ — مما مر يتجلى القول بأن اتحاد الزمة لا يعتبر زوالاً للدين بل هو في ذاته عائق أو استحالة مؤقتة تحول دون الوفاء كما قرر ذلك علماء الألمان . فإذا زال العائق وارتفعت الاستحالة صح الوفاء كما في حالة المشتري الذي حل محل الدائن في حقوقه ، لأنه إذا قيل باقتضاء الدين بالتمن الملزم به المشتري بمجرد دفعه للدائن ، أى بمجرد اجتماع صفتي الدائن والمدين في شخص واحد ، فإن ذلك يحول دون ظهور الدين للمشتري فيما بعد عند انقسام تمن البيع بالمراد . أما إذا قيل بأن في اتحاد الزمة في هذه الحالة ما يحول مؤقتاً دون الوفاء فإن ذلك يتفق تماماً مع احتمال أخذ المشتري دينه من تمن البيع بالمراد كما قررنا

ومما تقدم نستطيع القول بأن المقاصة تعتبر في ذاتها هي الأخرى اتحاداً في الزمة بالنسبة لكل من المتقاضين . إذ يعتبر كل منهما على حدة جاعلاً في شخصه صفتي الدائن والمدين . فالدين اللوجب في الواحد منهما لا يتقضى مع وجود الدين السالب من تلقاء نفسه وبقوة القانون . بل كل ما يحصل هو كما رأينا في اتحاد الزمة أن الوفاء بالدين الموجب أصبح معطلاً بوجود الدين السالب . فإذا زال الدين السالب أى إذا زال العائق أمكن الوفاء وقتئذ بالدين السالب . نعم ولو أن ذلك يتناقض مع ما قرره المادة ١٩٢/٢٥٦ مدنى و ١٢٩٠ فرنسى من أن المقاصة وقاه يحصل بقوة القانون وبدون علم المتقاضين الا اننا لم ننس بعد ما قررناه من أن القانون عمل على تقيض هذه المادة في أحوال بينها في المواد ١٩٧/٢٦١ مدنى (حالة الاسقاط) و ١٩٨/٢٦٢ مدنى (حالة الوفاء بالدين مع عدم التمسك بالمقاصة وبقاء التأمينات) والمادة ١٩٩/٢٦٣ مدنى (حالة الحجز تحت يد الغير) ، إذ قلنا بأن المقاصة هي في الحقيقة ليست حتمية من تلقاء نفسها لان القاضى لا يقول بها عند سكوت صاحب الشأن فيها ولأنه لا بد من المطالبة بها . وهذا ما يقرب القانون المصرى من القانون الألماني

الذي جعل المقاصة وسيلة من وسائل الوفاء عند التمسك بها وإظهار الرغبة في المطالبة بها . وأما قبل المطالبة بها فهي ليست شيئاً ما
وعلى ذلك إذا اعتبرنا كل طرف من طرفي المقاصة شخصاً اجتمعت فيه صفتا الدائن والمدين أمكن القول بأن أركان اتحاد الذمة متوافرة في كل من الطرفين .
أى أنه لا وفاء بالدين بل هناك حائل أو استحالة مؤقتة دون الوفاء فإذا زال الحائل أمكن الوفاء .

ومن هنا نرى أن اتحاد الذمة والمقاصة يتفقان في أن لكل منهما طرفين . وكل طرف يجمع في ذاته بين صفة الدائن وصفة المدين أى يحمل على عاتقه ديناً له وديناً عليه أى ديناً موجباً وديناً سالباً وأن الحقيقة أن اجتماع الدينين الموجب والسالب ليس من شأنه حصول الوفاء في الحال بل هو مجرد عائق يحول دون الوفاء بحيث إذا زال عاد إمكان الوفاء .

(٥) في الإبراء من الدين

١ - أحوال الإبراء وآثاره

٤٨١ - الإبراء من الدين^(١) هو ترك الدائن حقه في الدين الى المدين بدون مقابل . وإذا لم يكن الترك بدون مقابل فلا يعتبر إبراء بل هو اما استبدال^(٢) وإما وفاء بغير النقد^(٣) . والاصل في الإبراء التبرع . وعلى ذلك يجب فيه توافر شرط الاحلية في التبرع (المادة ١٨٠ / ٢٤٣ مدني)

وإذا كان الإبراء تبرعاً أى هبة إلا أنه لا يخضع للشروط الشكلية للهبة أى أنه لا تشترط فيه الرسمية المقررة بالمادة ٤٨ / ٧٠ مدني و ٩٣١ فرنسي . وقد نص على ذلك صراحة القانون الاماني (المادة ٣٩٧ مدني) وجرت التقاليد الفرنسية على الاخذ بهذا المبدأ ولم يوجد بالقانون المصري ما ينقضه . بل يوجد به ما يؤيده لان القانون المصري ، وكذلك القانون الفرنسي ، قرر صحة الإبراء الضمني إذا استفيد من ظروف خاصة (المادة ٢١٩ / ٢٨٤ مدني و ١٢٨٢ و ١٢٨٣ فرنسي) وذلك لأن

فى تسليم أصل سند الاستدانة أو تسليم الصورة التنفيذية دليلاً على الوفاء من المدين (المادة ٢١٩/٢٨٤ مدنى) - أما القانون الفرنسى فانه يقول بان تسليم أصل السند الموفى دليل على الوفاء (المادة ١٢٨٢) وان تسليم الصورة التنفيذية ^(١) قرينة على الوفاء أو البراء (المادة ١٢٨٣)

واذا كان البراء غير خاضع لشروط شكلية فى الوضع فانه لا بد فيه من توافر شرط الرضاء من الطرفين الدائن والمدين لانه لا يعتبر من العقود ذات الطرف الواحد والدليل على ذلك ماقرره القانون الفرنسى بالمادتين ١٢٨٥ و ١٢٨٧ مدنى من أن البراء من الدين هو تنازل أو اعفاء أو اسقاط برضاء ^(٢) وعلى ذلك لايجوز للدائن اكراه مدينه على البراء بل يجب رضاء المدين به أيضاً . وقد انترض على هذا الرأى بأن المادة ١٢٣٦ الفرنسية المقابلة للمادة ١٦١/٢٢٤ مدنى تبيح جواز الوفاء من الغير أى من غير المدين أى انه لا يشترط فى هذه الحالة رضاء المدين . ويرد على هذا القول أن الوفاء من الغير لا ينتج نفس النتائج الناشئة عن البراء لان للبراء باعتباره هبة نتائج تخالف الوفاء من طريق الغير أى غير المدين . هذا ويلاحظ أن القانون المصرى لم ينقل عبارة الاعفاء برضاء ^(٣) الواردة بالمادتين ١٢٨٥ و ١٢٨٧ الفرنسيتين ولذا يمكن للرأى الثانى ان يجد له سنداً فى القانون المصرى يعوزه فى قانون الفرنسى

٤٨٢ - واذا كان البراء عقداً مما يجب فيه رضاء المدين ، على حسب المذهب الاول ، ففى اى وقت يتم حينئذ البراء ؟ هل يتم فى الوقت الذى يعرض فيه الدائن ، او فى الوقت الذى يحصل فيه الرضاء من المدين ، او فى الوقت الذى يعلم فيه الدائن برضاء المدين ؟ يقول القانون المصرى بأن الهبة تتم بمجرد اليباب من الواهب والقبول من الموهوب له (المادة ٤٨/٧٠ مدنى) وقرر القانون الفرنسى بالمادة ٩٣٣قرة ثمانية انه اذا اعطى رضاء الموهوب له بعقد على حدة وجب ان يكون رسمياً وانه لاينتج الهبة آثارها القانونية الا من وقت علم الواهب بهذا الرضاء . والمفهوم ان هذا الرضاء المنفرد لا بد ان يكون كذلك رسمياً بالقانون المصرى ولولم ينص عليه والا كان ذلك مخالفاً

صريحة لشرط الرسمية^(١) ولكن هل يجب الأخذ بالقانون المصري أيضاً بشرط علم الواهب برضاء ؟ سواء أخذه به أو لم يأخذ فإن مثل هذا الشرط خاص بالشرائط الشكائية لاهية وقد قررنا بأن الأبراء معني من القيود الشكائية جميعها الخاصة بالهبة وعلى ذلك يعتبر الأبراء تاماً وصحياً من يوم رضا المدين به أي من يوم التقاء الرضاءين^(٢) دون الحاجة إلى علم الدائن برضاء المدين . وأما على حسب الرأي الثاني القائل بأن الأبراء ذو طرف واحد فإن الأبراء يتم بمجرد انصاح الدائن عن رغبته في بدون التوقف على رضا المدين

والأبراء إما صريح وإما ضمني

فالصريح ما يقع بواضح القول واللفظ بما لا يترك مجالاً للشك وأما الضمني فهو ما يستفاد من ظروف خاصة كتسليم سند الدين إلى المدين . وتسليم أصل السند قرينة على الوفاء أو الأبراء

هذا وقد رأينا أن القانون المصري يقرر بالمادة ٢١٩/٢٨٤ مدني بأن « اثبات التخلص من الدين يكون بتسليم سنده أو صورته الواجبة التنفيذ إلى المدين » أي أن وجود سند الدين تحت يد المدين قرينة على الوفاء . ويجوز أيضاً أن يكون قرينة على إبراء الذمة . وإذا قيل بالثاني وجب على من يدعيه الإثبات

٤٨٤ — أما القانون الفرنسي فإنه يميز بين ما إذا كان المغطي للمدين من الدائن سند عرفي أو الصورة التنفيذية لسند رسمي . فإذا كان للوجود تحت يد المدين هو أصل السند العرفي دل ذلك على الوفاء (المادة ٢٨٢ مدني فرنسي) وإذا كان الموجود تحت يد المدين الصورة التنفيذية كان ذلك قرينة على الوفاء أو الأبراء (المادة ١٢٨٣) أي أن القانون الفرنسي يميز بين أصل السند العرفي والصورة التنفيذية فجعل من الأول دليلاً كاملاً مطلقاً . وجعل من الصورة التنفيذية دليلاً نسبياً ناقصاً . ذلك لأنه ليس من السهل الحصول على الأصل ولكنه من السهل الحصول على الصورة

أما القانون المصري فقد أحسن في وضعه المادة ٢١٩/٢٨٤ مدني بطريقة

عامة اذ جعل مجرد وجود الاصل أو الصورة التنفيذية قرينة أو دليلاً على الوفاء ولم يميز بين أصل السند العرفي أو الرسمي وبين الصورة التنفيذية لهذا الأخير سواء كان سنداً رسمياً أو حكماً. وإذا ادعى الدائن أن وجود السند أو الصورة التنفيذية هو لغير الوفاء أي للابراء أو لغير الابراء والوفاء لزمته اقامة الدليل. وهذا الإيجاز من الشارع المصري في تقرير هذه القاعدة قد جاء أحكم وضماً وأدق تعبيراً من نصوص الشارع الفرنسي

٤٨٥ - وبشرط في تسليم السند الى المدين أن يكون اختيارياً أي بإرادة الدائن فإذا ادعى أن وجود السند تحت يد المدين هو بغير إرادته أي لأي سبب آخر كالسرقة وغيرها لزمه الدليل لأنه من المقرر قانوناً أن من يدعى على خلاف ما يؤيده الظاهر يلزمه الدليل

٢- في الابراء من الدين بسبب تصالح المفلس مع جماعة دائنيه

٤٨٦ - هذا الابراء الذي انتهينا منه يسمى بالابراء « المدين الشخصي »^(١) وهناك ابراء آخر يسمى بالابراء التجارية الاجماعي^(٢) وهو ما يحصل في حالة تصالح المدين مع دائنيه^(٣) عند إفلاسه هو (المادة ٣١٧/٣٢٧ تجاري و٥٠٧ فرنسي) والتصالح هذا هو اتفاق المدين مع دائنيه على أن يدفع لهم جزءاً من الدين نظير ابرائه من الباقي

الا أن هناك فروقاً بين الابراء التصالحى هذا^(٤) والابراء العادى الحقيقى :

(١) لأن الابراء التجارية التصالحى لا يعتبر تبرعاً^(٥) من قبل الدائنين. ذلك لأنهم لم يتصلحوا مع مدينهم بنية التبرع له بل أرادوا فقط أن يتداركوا ما يحتمل أن يقع لهم من خسارة أكبر وأنظم فيما اذا أصروا على السير معاوجنباً لجنب في الاجراءات الثانوية الخاصة بالإفلاس، وما يترتب على ذلك من طول الوقت وكثرة المصاريف

remise de dette commer- (٢) remise de dette civile et individuelle (١)
acte (٥) remise concordataire (٤) concordat (٣) ciale et collective
à titre gratuit

أو بخس ثمن الاشياء المباعة بالزاد . وعلى هذا الاعتبار لا ينتج عن التصالح التجارى هذا ، الروابط القانونية التى تقع بين الواهب والموهوب له

(٢) لا يعتبر دائماً وأبداً الابراء التصالحى عملاً ارادياً من جميع الدائنين . بل يحصل هذا التصالح بناء على الاقتراع من جانب أغلبية الدائنين . وأما الاقلية فلتها تلزم بتحمل خسارة لم ترض بها

على أن التصالح يعتبر على الاكثر وسيلة للتصفية لا وسيلة فى انقضاء الدين وزواله ولذا ينشأ عنه التزام طبيعى تشتغل به ذمة المفلس أى أنه يجوز الوفاء به فيما بعد ويكون الوفاء وقتئذ صحيحاً . وفوق ذلك فانه لا يجوز للمدين أن يحصل على حودة الثقة اليه ورفع تبعة الافلاس عنه وهذا ما يسمى اعادة اعتباره اليه ^(١) الا اذا دفع ديونه برمتها

٣ - فى آثار الابراء بالنسبة لتغير المدين

٤٨٧ - لا يقتصر أثر الابراء على المدين فقط بل تمتد الى آثاره الى آخرين أيضاً :

(١) بالنسبة للكفيل : تبرأ ذمة الكفيل ببراءة ذمة المدين (المادة ١٨١ / ٢٤٤ مدنى و ١٢٨٧ فرنسى)

(٢) بالنسبة للمضامين المتضامين : تبرأ ذمة المدين المتضامين بمقدار نصيب زميلهم الذى ابرئت ذمته . أى يستنزل نصيبه من المدين ويطلب بقية المدينين بقية الدين (المادة ١٨٢ / ٢٤٥ مدنى) واذا أعسر أحد المطالبين هؤلاء جاز الرجوع على من ابرئت ذمته بقدر ما يصيبه فى مقدار المبلغ الذى وقع فيه الاعسار (المادة ١٨٣ / ٢٤٦ مدنى)

(٣) بالنسبة للمدينين : لا تبرأ ذمة المدين ببراءة الكفيل (المادة ١٨٤ / ٢٤٧ مدنى)

(٤) بالنسبة لتعدد الضامين : اذا تعدد الضامنون فى دين وأبرأ الدائن ذمة

أحدهم جاز للباقي مطالبته بالضمان إذا كانت ضمانته سابقة على ضمانهم أو مقارنة لها (المادة ١٨٥/٢٤٨ مدني)

وسنبين ذلك بالإيضاح عند ما نتكلم على الكفالة والتضامن وما يفترضهما من الاشكالات المختلفة

٦) في ضياع الشيء للترزم به

أو في استعانة التنفيذ

٤٨٨ — هذه هي الوسيلة السادسة في انقضاء الالتزام وزوال الدين وذلك انه اذا حال بين الدين والوفاء بالالتزام حائل لا شأن لارادة الدين فيه أصبح الالتزام منقضيًا . أى يزول الالتزام عن عاتق الدين اذا لم يقع من جانبه تخصيص ما . وعلى ذلك ينقض الالتزام فيما اذا ضاع انشئ محل الالتزام في حادث جبرى أو حالة قهرية كما اذا تعهد مزارع بتوريد ١٠٠ قنطار من القطن الناتج من محصول أرضه فجاءته آفة سماوية وقضت عليه أو تعذر على الدين القيام بالوفاء لعذر طرأ عليه كما اذا تعهد مغن بالغناء في مسرح ومرض ليلة الغناء . والدين ملزم باثبات القوة القاهرة والحادث الجبرى ، وعليه رد ما أخذه للدائن (المادة ١٣٠٢ مدني فرنسي) وما دام أن الملكية تنتقل بفعل القصد الى الدائن (المادة ٤٥/٦٧ مدني و١١٨/١٧٥ مدني) فإن جميع الحقوق المتعلقة بهذا الشيء تنتقل ايضا الى الدائن . وعلى ذلك لا محل لما قالته المادة ١٣٠٣ فرنسي بأنه في حالة ضياع الشيء أو استبعاده من المعاملات التجارية يجب على الدين أن يتنازل للدائن عن الحقوق والدعاوى الخاصة بالتعويض . وانما وردت هذه المادة من طريق نقلها عن بوتييه بدون الالتفات الى أنه كان من المقرر في عصره أن الدين لشيء معين يظل مالكا للشيء حتى يحصل التسليم (انظر مع ذلك المادة ٢٩٧/٣٧١ مدني)

على أنه يحصل أن الدين لا تبرأ ذمته من الدين بضياع الشيء في حادث جبرى أو قوة قاهرة وذلك في الأحوال الآتية :

١) اذا تحمل الدين بتأجيل القوة القاهرة (المادة ١٣٠٢ بقرة ٢)

(٢) اذا كان قد سبق التنبيه على المدين بالتسليم في الوقت الذي هلك فيه الشيء بالحادث الجبري (المادة ١٣٠٢ ققرة ١ في نهايتها) ولكن يجوز المدين مع ذلك في هذه الحالة الافلات من تبعة المسؤولية اذا أثبت أن هلاك الشيء كان لا بد منه سواء وجد تحت يد المدين أو يد الدائن (المادة ١٣٠٢ ققرة ٢)

(٣) من بدد شيئاً مسروقاً أو ضائعاً فإنه ملزم برد قيمته حتى لو هلك الشيء في حادث جبري (المادة ١٣٠٢ ققرة ٢)

(٧) في التقادم المسقط

١ - كلمات عامة في التقادم

٤٨٩ - التقادم المسقط هو الوسيلة السابعة في اقتضاء الالتزامات والتقادم من حيث هو على نوعين تقادم مكسب ^(١) وتقادم مبرئ ^(٢) أو مسقط . والاول خاص باكتساب الحقوق العينية العقارية ومدته ١٥ سنة . أما اذا كان وضع اليد مصحوباً بسبب صحيح وحسن نية فالمدة ٥ سنوات . والثاني خاص بزوال الالتزامات واقتضاءها ومدته الاصلية ١٥ سنة وله مدد مختلفة ترجع لبعض الدين العينية بالقانون

وأما ما يتعلق بتملك المنقول فالقاعدة فيه ان الحيازة سند الملكية ^(٣) (المادة ٧٣٣/٦٠٧ مدني ٢٢٧٩ فرنسي) والمفروض في الحيازة حسن النية حتى يقوم الدليل العكسي (المادة ٧٣٣/٦٠٨ مدني) واذا كان المنقول مسروقاً أو ضائعاً جاز للمالك الاصلى استرداده على شرط دفع قيمته للمشتري اذا كان الشراء حاصلًا من تاجر في سوق عام (المادة ١١٦/٨٧ مدني) وللمشتري حق حبس المنقول حتى تمام الوفاء بثمنه . واذا مضت مدة ٣ سنوات على المالك الاصلى دون المطالبة سقط حقه في القضاة واكتسب المشتري ملكية المنقول نهائياً (المادة ١١٤/٨٦ مدني) ويضمهم مما تقدم أن التقادم في العقار ١٥ سنة أو ٥ سنوات وفي المنقول ٣ سنوات

(١) usucapion أو prescription acquisitive (٢) pres. libératoire أو
pres. extinctive (٣) en fait de meuble possession vaut titre

وأما التقادم في انقضاء الالتزامات فهو ١٥ سنة في الاصل وأقل من ذلك في مدد مختلفة في أحوال خاصة

ولما كان التقادم للكسب والسقط يتفقان في الاصول القانونية العامة فقد أفرد لها القانون الفرنسي باباً واحداً قسمه الى جملة فصول عالج فيها القواعد المشتركة ثم القواعد الخاصة بكل منهما : كل ذلك تحت باب واحد . (المواد ٢٢١٩ - ٢٢٧١) وقد انتقد بعض رجال الفقه هذا الوضع ورأوا أنه كان الاجدر بالشارع الفرنسي فصل التقادمين عن بعضهما البعض ^(١) وقد أخذ الشارع المصري بهذا النقد ولذا وضع قانونه المختلط سنة ١٨٧٥ وقانونه الاهلي سنة ١٨٨٣ وفصل فيها التقادم المكسب عن التقادم المسقط وأفرد لكل منهما فصلاً (المواد ٧٦ - ٨٧ / ١٠٢ - ١١٨ مدني للتقادم المكسب - و ٢٠٤ - ٢١٣ / ٢٦٨ - ٢٧٧ مدني للتقادم المسقط) على أن هذا النقد الموجه للقانون الفرنسي لم يكن وجيهاً في كل أجزائه لأن وحدة التشابه في التقادمين واقعة في مسائل كثيرة ترجع لجوهر التقادم في ذاته ولبعض الخواص المشتركة كقطع المدة وإيقاف المدة وحساب المدة والقواعد في هذه المسائل المشتركة عامة على الاثنين فالاجدر فيها أن توضع في باب واحد علم تشمل النوعين . وبعد أن عالج الشارع المصري التقادم المكسب في المواد ٧٦ - ٨٧ / ١٠٢ - ١١٨ مدني جاء في التقادم المسقط وقرر بالمادة ٢٠٥ / ٢٦٩ بأن مآقره في الاول من حيث اقطاع أو إيقاف سريان المدة يسرى على التقادم المسقط . وظن أن وحدة الشبه بين التقادمين حاصلة فقط في القسط والإيقاف دون غيرهما . على أن هناك قواعد أخرى عامة مشتركة بين الاثنين على جانب من الاهمية مثل حساب المدة والتنازل عن التقادم والتمسك به كدفع موضوعي وعدم جواز التمسك به ضد المحجور عليهم أو ضد من اعترضه حادث جبري حال دون المطالبة القانونية وغير ذلك من المسائل الهامة

ولما كان الشبه قائماً حتماً بين النوعين وأنه ليس من السهل الالام بمحققة التقادم المسقط وهو بمنزل عن نظيره التقادم المكسب رأينا ضرورة الاشارة من باب الايجاز الى التقادم المكسب فيما يتعلق بخواصه الموقوفة عليه ثم التكلم على القواعد المشتركة

بين النوعين . وبعد ذلك كله نشرح القواعد الخاصة بالتقادم المسقط وبهذه الطريقة يتجلى التقادم من حيث هو ويزول عنه كل غموض

٢ - في التقادم المكسب^(١)

٤٨٩ - يكفي للامام بالتقادم المكسب المأمأ عاماً الاطلاع على المواد ٧٦ - ٨٧ مدني . والتقادم المكسب هذا ينطلق بنظرية الملكية وهي ليست داخلة في موضوعنا . انما نظراً للصلة المتينة جداً القائمة بين التقادم المكسب والتقادم المسقط وتعذر فصلها عن بعضهما البعض فصلاً تاماً ، رأينا ضرورة ذكر بعض خواص التقادم المكسب ثم شرح القواعد المشتركة بين النوعين . ثم ننهي بشرح خواص التقادم المسقط

وها نحن أولاء نذكر الآن القواعد الخاصة بالمكسب والمشاركة بين النوعين :
(١) أخذوا على التقادم المكسب أنه تأييد للمقتصب وانتصار لغير المالك وهضم الحق هذا الأخير

(٢) ولكن يرد على ذلك ان فوائده جمة الى حد انه نعت « بمنظم أو مدبر الجنس البشري »^(٢) والفرض منه عدم المساس بحالة ظلت مضطربة على وتيرة واحدة لانه مما يؤذى النظام الجماعي ان تمس حقوق مطمئة ثابتة ومستقرة

(٣) المالك الحقيقي مهمل فعليه اهماله

(٤) المفروض من عدم تحرك المالك الاصلى انه تنازل لواقع اليد الآن عن الملكية أى أن هناك قرينة قانونية^(٣)

(٥) ان التقادم المكسب يعنى المالك الحاضر من الادلاء بالادلة الكتابية الدالة على ملكيته وعلى ملكية من ملكه ومن ملك من ملكه وهكذا
ويجب في التقادم المكسب أن تتوافر الشروط الآتية :

(١) رأينا هنا ضرورة الامام بالاصول المقررة بالتقادم المكسب لان في ذلك تمهيداً لازماً لتقادم المسقط ولان اغلب احكامه تنحى أيضاً على هذا التقادم المسقط كما يحصل ذلك في حساب المدة والقطع والايحاف وغير ذلك من المسائل التي يشترك فيها نوماً التقادم المكسب والمسقط .
(٢) patronne du genre humain (٣) présomption légale

(١) أن يكون هناك وضع يد مملك أى بنية التملك . وأما أعمال التسامح^(١) فلا تفيد . وكذلك لا تملك بحض المدة اليد النائية عن الغير^(٢) ويسرى التقادم على حقوق الارتفاق على شرط أن يكون الانتفاع ظاهراً^(٣) وغير منقطع^(٤)

(٢) أن تمضى مدة ١٥ سنة . وكيف تحسب هذه المدة ؟ وما هو التاريخ الذى يرجع اليه فى عملية الحساب ، هل هو التاريخ الهجرى أو التاريخ الميلادى ؟ هنا يشترك التقادمان معاً ولذا فاقول فيهما علم شامل لهما

فى حساب المدة

١ - تحسب مدة التقادم باليوم لا بالساعة (المادة ٢٢٦٠ مدنى فرنسى) ولا تحسب كسور اليوم . وعلى ذلك فلا يحسب أول يوم من أيام وضع اليد^(٥) أى لا يدخل ضمن مدة التقادم

٢ - تم مدة التقادم بآخر يوم لوضع اليد . أى أن هذا اليوم^(٦) يحسب ضمن المدة (المادة ٢٢٦١ فرنسى)

٣ - أيام الاعياد^(٧) تحسب ضمن مدة التقادم ، أى هى وأيام العمل^(٨) سواء

١ - فى كيفية احتساب المدة

٤٩٠ - قد يتعامل الناس فى مصر بالتاريخ الهجرى والتاريخ الميلادى والتاريخ القبطى معاً . ويغلب الاخير فى المعاملات الزراعية ، والثانى فى غير ذلك من المعاملات التجارية والمدنية . وأما الاول فالعمل به نادر

فما هو التاريخ الذى رجع اليه حينئذ الشارع المصرى فى احتساب المدة ؟ لم يقرر الشارع قاعدة عامة يؤخذ بها فى جميع الاحوال . الا انه قرر فى المادة ٢١١/٢٧٥ مدنى بانه يرجع الى السنة الهلالية^(٩) فى احتساب المرتبات والفوائد والمعاشات والاجر وكل ما يستحق دفعه سنوياً أو فى أقل من سنة . وربما يقبدر الى الدهن بان التصريح

(١) acte de pure faculté أو simple (٢) à titre pré- (٣) apparent (٤) non discontinu (٥) dies a quo (٦) dies (٧) jours fériés (٨) jours ouvrables (٩) calendrier arabe ad quem

في هذه الحالة فقط بالسنة الهلالية يستفاد منه أنه في الأحوال الأخرى يؤخذ بالتاريخ الميلادي أو غيره . ولكن هذا غير صحيح على الأغلب ^(١) ولا عبرة بما يقال من أن الشارع أشار إلى الأخذ بالتاريخ الميلادي في المادة ٢٠٩/٢٧٣ مدني بشأن المبالغ المستحقة للمحامين والأطباء وهي التي تسقط بمضى ٣٦٠ يوماً . وكذلك في المادة ٢١٠/٢٧٤ مدني حيث قرر أن المبالغ المستحقة لكتابة المحاكم والمحضرين تسقط بمضى ٣٦٠ يوماً أي السنة التي اتبناها الشارع الفرنسي . ولكن هذه اللمدة ليست على الحساب الميلادي ولا على الحساب الهجري (ويلاحظ أنه ورد بالنسخة الفرنسية لفظ « الحساب العربي ») ^(٢) وهذا يوم بان هناك حساباً عربياً غير الحساب الهجري وهذا غير صحيح أيضاً ^(٣) . وإذا كان الشارع قد قرر الأخذ بالحساب الهلالي في مضي اللمدة بخمس السنوات فهو من باب أولى يعتمد عليها في حساب التقادم بمضى ١٥ سنة ^(٤)

ب - في ضم مدد وضع اليد

٤٩١ - تضم مدة وضع اليد الحاضر إلى من ملكه (المادة ٧٧/١٠٣ و ٢٢٣٥ فرنسي) وهو ما يسمى بالضم في وضع اليد ^(٥) وإذا لم يؤخذ بالضم استحال التملك بالتقادم في حالات عدة . وكل هذا على شرط أن يكون هناك بين واضع اليد الحاضر والسابق صلة تربط الاثنين ^(٦)

ج - في قطع مدة التقادم

٤٩٢ - يراد بالقطع ^(٧) الأعمال التي تغتور التقادم في سره بأنه فتنفسد عليها ما تقدمه وتصبح بها اللمدة السابقة كأنها لم تكن . أي أن واضع اليد لا يملك بالتقادم بعد ذلك إلا إذا مضت مدة جديدة غير اللمدة السابقة (المادة ٨١/١٠٩ مدني) والقطع على نوعين طبيعي وقضائي (المادة ٢٢٤ مدني فرنسي)

١ (القطع الطبيعي) ^(٨) ويراد به الحوادث التي تقطع المدة وهي انقطاع واضع

(١) دي هلس ج ٣ ص ٢٢١ ن ٦٨ (٢) les calendriers arabes (٣) دي هلس

ج ٣ ص ٢٢٢ ن ٦٨ (٤) استئناف ٧ يونيو سنة ٩١٧ م ق ٢٩٠ ، ٤٩٠

(٥) jonction ou accession des possessions (٦) succession ou transmission

(٧) interruption (٨) interruption naturelle

اليد عن الانتفاع بالمقار مدة سنة سواء كان ذلك بفعل الملك الحقيقي أو بفعل النير (المادة ٨٢ فقرة ١ / ١١٠ مدني و ٢٢٤٣ فرنسي) وللسنة هذه رابطة بالمادة ٢٩ فقرة ٢٩/٣ مرافعات الخاصة بدعوى وضع اليد فإذا كانت للمدة أقل من سنة فلا عبرة بها^(١)

٢) القطع المدني^(٢) ويحصل بطريقتين إما بطريق القضاء وإما بإقرار واضع اليد الطريقة الأولى — مقاضاة المالك الحقيقي لواقع اليد — يراد بالمقاضاة^(٣)

طلب محاسبته أمام القضاء وينتج عنها قطع نسبي^(٤) أي لا يحتاج بالقطع إلا بالنسبة لمن خصوم أو بالنسبة لخلفائه^(٥) وهذا على خلاف القطع الطبيعي^(٦)

والمقاضاة تحصل إما برفع دعوى^(٧) وإما بالتنبيه بالوفاء^(٨) وإما بالمعجز^(٩) والآخران خاصان بالوفاء المسقط وستكلم عليهما في مكانه . وتقتصر القول هنا على رفع الدعوى باعتبارها حالة عامة تمتشى على النوعين من التقادم

فما هو المقصود حينئذ من رفع الدعوى وفي أي حالة يعتبر رفع الدعوى قاطعاً ؟

المسألة الأولى : المقصود من رفع الدعوى : هل يجب فيها أن تكون

الدعوى قد أعلنت فعلاً إلى واضع اليد شخصياً ؟ الجواب أن ذلك ليس من الضروري بل يكفي أن تكون صحيفة الدعوى قد أعلنت طبقاً للقواعد المقررة في قانون المرافعات لأنه لا يجوز أن يتحمل المدعى نتيجة إبطاء القضاء^(١٠) مادامت نيته قد ظهرت بأنه يريد التمتع بمجته

المسألة الثانية : هل الدعوى المستعجلة تعتبر في مقام الدعوى العادية

القاطعة للتقادم ؟ الدعوى المستعجلة^(١١) قاطعة للتقادم إذا انحصرت فيها البحث على مجرد اتخاذ عمل تحفظي^(١٢) وأما إذا مس الطلب فيها الموضوع اعتبرت قاطعة^(١٣)

(١) راجع في تفاصيل هذا الموضوع كتاب المرافعات للدكتور أبو حنيف بك بند ٤٥١ وما بعده وفيما يخص بالسنة بند ٤٦٤ و ٤٦٥ . - وراجع مراضات الدكتور عبدالفتاح بك السيد ص ٣٣٢ ن ٣٥٤
(٢) interruption civile (٣) interpellation (٤) effet interruptif relatif (٥) ayants cause (٦) citation en Justice (٧) ١٥١ ، ١٤ ، ٩٠٧ ، د (٨) saisie (٩) commandement (١٠) ٦٣ ، ٢ ، ٩٥ ، د (١١) demande en référé (١٢) mesure conservatoire (١٣) ٣٧٣ ، ١٠٨٣ ، د - ص ١٠٨٤ ، ٤٩ ، ومقال

المسألة الثالثة : وما القول بشأن المقاضاة أمام محكمة الخط لاجل الصلح؟
 طلب الصلح ^(١) أمام محكمة الخط امر اجبارى على المدعى فيها اذا كانت الدعوى
 كلية قط (المادة ١٦ من قانون نمرة ١١ سنة ١٩١٢ المعدلة بمقتضى المادة ١١ من
 لأتمه ١٥ مايو سنة ١٩١٣ المقررة بقانون نمرة ١٧ سنة ١٩١٣) ومتى كان الامر
 كذلك وجب اعتبار رفع الدعوى قاطعاً للمدة حتى لو كان رفع الدعوى اليها
 اختيارياً كما يريد بعض الناقدین

متى لا يعتبر رفع الدعوى قاطعاً للمدة :؟ يعتبر رفع الدعوى غير قاطع
 للمدة في الاحوال الآتية

١ - اذا كانت عريضة الدعوى باطلة لعب شكل ^(٢) ولكن ألا تعارض
 هذا رأى مع المادة ٢٢٤٦ القائلة بان رفع الدعوى أمام محكمة مختصة لا يمنع قطع
 المدة اذ الحكم بعدم الاختصاص يترتب عليه بطلان الاجراءات كما يترتب هذا
 البطلان فيما اذا كانت العريضة باطلة؟ الصحيح أن لا تعارض لأن مسائل
 الاختصاص مسائل دقيقة فن العدل أن لا يتحمل صاحب الدعوى نتيجة الخطأ
 فيها . وأما عيوب عريضة الدعوى فهي على خلاف ذلك . واذا كان لا يوجد
 المادة ٢٢٤٦ شبيه بالقانون المصرى الا أنه مأخوذ بها في أغلب أحكام القضاء
 المصرى

٢ - ولا محل للقطع اذا تنازل المدعى عن دعواه ^(٣) أى اذا ترك المرافعة
 (المادة ٣٠٥ / ٣٤٨ مرافعات)

٣ - ولا محل للقطع أيضاً اذا قضى ببطلان المرافعة ^(٤) لمضى مدة ثلاث
 سنوات على الدعوى بالمحكمة دون عمل قضائى من جانب الخصوم فيها (المادة
 ٣٠١ - ٣٤٤ مرافعات)

٤ - يعتبر قطع المدة الحاصل برفع الدعوى كأنه لم يكن اذا قضى فيها

assiguation nulle pour défaut de forme (٢) citation en conciliation (١) .

péremption d'instance (٤) désistement (٣)

بالرفض^(١) (المادة ٢٢٤٧ فرنسي) على أنه قد يمكن القول بأنه لم يكن ثمة محل لتقرير هذه القاعدة ما دام أن المدعى عليه قد دفع الدعوى الجديدة، قبله بالتمسك بقوة الشيء المحكوم فيه. وإذا رفضت عليه الدعوى الجديدة من غير المالك فلا يجوز أيضا للمدعي الادعاء بقطع المدة لأن قطع المدة نسبي كما قررنا لا يتمدى الطرفين. وإذا كان الأمر كذلك فلم تكن هناك ضرورة للمادة ٢٢٤٧ فيما قرره. ولكن تحصل حالات يجوز فيها الدفع بقطع المدة بسبب رفض الدعوى بناء على النص المذكور وذلك في حالة ما إذا كانت قد رفضت لعدم توافر شرط خاص في المدعى كعدم توافر صفة التماضي فيه^(٢) فإذا تجددت من جديد جاز الاستناد الى مضي المدة وعدم اعتبار القطع الحاصل بفعل الدعوى الاولى المحكوم فيها بالرفض وذلك رغم أن رفضها كان بالحالة التي هي عليها^(٣) ولم يكن رفضها مطلقا.

ولما كان القانون المصري لا يوجد فيه نص على الاثر الناتج عن رفض الدعوى فقد وجب الرجوع الى القواعد العامة التي تقضي بأن الحكم لا يكون له حجة الشيء المحكوم فيه إلا فيما يختص بما حكم فيه بالفعل. وعليه فرفض الدعوى بالحالة التي هي عليها لا يترتب عليه في القانون المصري ضياع أثر قطع التقادم برفع الدعوى

الطريقة الثانية: الوقرار. من شأن اعتراف اضع اليد بملكية المالك الحقيقي للمقار^(٤) أن يقطع مدة التقادم. وهو اما صريح^(٥) واما ضمني^(٦) وقضائي^(٧) أو غير قضائي^(٨) وهو غير خاضع لشكل خاص مقرر من قبل القانون^(٩)

٥ - في ايقاف التقادم

٤٩٣ - يحصل الايقاف^(١٠) في بعض ظروف خاصة بمعنى أن واضح اليد لا يستمر

(١) Rejet en l'état ou quant à présent (٣) défaut de qualité (٢) rejet (١)
راجع في هذه النقطة مرافعات الدكتور ابو هيف بك بند ٨٢٩ وحكمي النقض الفرنسي الصادرين في ٥ مايو سنة ١٨٣٤ و ١٤ يونيو سنة ١٨٣٧ فيما يختص بالقانون الفرنسي (٤) reconaissance-
sance (٥) expresse (٦) tacite (٧) judiciaire (٨) extrajudiciaire (٩)
suspension (١٠) forme préconstituée (١١)

في طريقه القانوني المنتج والموصول للتقادم بل تقف المدة حتى يزول المائق ثم تعود المدة الى السير في طريق التقادم . ولا يحتسب فيها مدة الايقاف ولكن تحتسب المدة السابقة عليه وعلى ذلك فالفرق القانوني بين القطع^(١) والايقاف ان في القطع لا تحتسب المدة السابقة بل لا بد من مدة جديدة ، بعكس الحالة في الايقاف

ومشروعية الايقاف ترجع الى العدالة اذ يراد بالايقاف حماية بعض الاشخاص الذين لا يستطيعون الدفاع عن أنفسهم

٤٩٤ — ويحصل الايقاف في حالة ما اذا كان التقادم جارياً ضد مفقود الاهلية شرعاً (المادة ٨٤ / ١١٣ مدني و ٢٢٥٢ فرنسي) سواء كان فقد الاهلية راجعاً لصغر أوعته أو سفه. هذا ويجب ملاحظة ان هذه المادة ٨٤ / ١١٣ المصرية قررت الايقاف في التقادم الطويل الخاص بمدة ١٥ سنة. ثم جاءت المادة ٨٥ / ١١٤ وقررت الايقاف بالنسبة للتقادم الذي تزيد مدته عن ٥ سنوات . وربما يستفاد من ظاهرهما ان التقادم القصير الخاص بمدة خمس سنوات يصح الدفع به ضد القصر . وهذا غير صحيح لان هذا الابهام في التعبير جاء من طريق صوغ المادتين صوغاً غير حسن ولانه لا يوجد تقادم ذو مدة بين ١٥ سنة و ٥ سنوات في القانون المصري . (ماعدا مدة عشر السنوات الخاصة بالمهندسين للممارين : المادة ٤٠٩ / ٥٠٠ مدني) ولان مشروعية الايقاف في التقادم يجب أن تكون واحدة سواء كان التقادم طويلاً بمدة ١٥ سنة أم قصيراً بمدة ٥ سنوات . أليس سبب الايقاف في التقادمين واحداً وهو فقد الاهلية عند المالك ؟ بل ربما كانت حماية مفقود الاهلية في حالة التقادم القصير ادعى من حايته في التقادم الطويل . وأما حسن نية الخصم الممارض لمفقود الاهلية فلا يشفع له الى حد حايته هو دون حماية مفقود الاهلية

وانا نلاحظ على وضع المادتين ٨٤ / ١١٣ و ٨٥ / ١١٤ مدني عيوباً ترجع للترجمة العربية وترجع لنفس الكيفية التي وضعت بهما هاتان المادتان

فمن حيث الترجمة : يلاحظ أن المادة ٨٤ / ١١٣ وردت بالنسخة الفرنسية بكيفية خاصة :^(٢) ووردت ترجمتها بالنسخة العربية كما يأتي : « لا يسرى حكم (تملك

المعار بمضى المدة الطويلة) ... فأخرج المترجم الكلمتين القريبتين^(١) الى اللغة العربية بمباراة « مضى المدة الطويلة » وهو غير صحيح . لان العبارة الفرنسية تنصرف الى التملك بمضى المدة ١٥ سنة وخمس سنوات مع السبب الصحيح وحسن النية . وكان يجب حذف كلمة (الطويلة) من النسخة العربية حتى تستقيم الترجمة مع الاصل الفرنسي . وعلى ذلك تنصرف المادة الى التقادم الطويل والى التقادم القصير ، ولا يكون هناك محل حينئذ الى التحايل على تفسير المادة ٨٤/١١٣ تفسيراً يصرفها أيضاً الى مضى المدة القصيرة^(٢)

ومن حيث الوضع القسري : نلاحظ أن الشارع المختلط أخذ مادته ١١٣ و ١١٤ مدني ، القابطين تماماً للمادتين ٨٤ و ٨٥ مدني أهلي ، عن الشارع الفرنسي ومن المادة ٢٢٥٢ التي قررت أن التقادم^(٣) لا يسرى على القصر الخ . وكان يكفي نقل هذه المادة لقرار القاعدة

وجاء الشارع الاهلي ونقل المادتين المختلطتين وصاغهما حرفاً بحرف في المادتين ٨٤ و ٨٥

كان على الشارع أن يكتفي بالمادة ٨٤/١١٣ لانها تؤدي للمعنى تماماً من حيث عدم سريان التقادم على مفقود الاهلية ، سواء كان التقادم طويلاً بمدة ١٥ سنة أم قصيراً بمدة ٥ سنوات . وما كانت هناك حاجة البتة الى المادة ٨٥/١١٤ التي جاءت وأسدت ستاراً من الغموض على المادة ٨٤/١١٣ وعلى المبدأ العام . ولذلك نرى أن لا قيمة للمادة ٨٥/١١٤ لان كل ما قرره هو أن التقادم الذي يزيد على ٥ سنوات لا يسرى على مفقود الاهلية^(٤) ولا يوجد تقادم يتراوح بين ١٥ سنة و ٥ سنوات الا التقادم بمدة ١٠ سنوات فيما يتعلق بالمهندسين للمعماريين والمقاولين . وعلى ذلك كان يجب الاكتفاء بالمادة ٨٤/١١٣ لانها قررت القاعدة المقررة بالمادة

(١) prescription acquisitive (٢) حكم استئناف ٨ ابريل سنة ١٩١٦ الحقوق ٣٢ ص ١٩٥ . — مجموعة جال الثانية ص ٣٣٢ ن ٨٨٤ (٣) prescription (٤) ومن غريب أمر المترجم ان يترجم كلمة prescription في المادة ٨٤ بالمدة الطويلة ولا يلتفت الى ان هذه الكلمة نفسها وردت بالمادة ٨٥ وهي لا تنفي مطلقاً التقادم الطويل لانها تقرر التقادم الزائد عن ٥ سنوات

٢٢٥٢ فرنسي سواء كان التقادم لمدة ١٥ سنة أو ٥ سنوات أو (إذا صح هذا القرض) ١٠ سنوات بشأن الهندسين والمقاولين

وقد جاءت الترجمة العربية للمادة ١١٣ مدني مختلط صحيحة وهي القابلة للمادة ٨٤، وصيغت بما يأتي : « لا يسرى حكم تملك العقار بمضى المدة على من يكون مفقود الاهلية شرعاً » وهي ترجمة صحيحة للنسخة الفرنسية ولكن جاءت الترجمة المختلطة للمادة ١١٤ القابلة للمادة ٨٥ غير صحيحة إذ ورد بها المدة الطويلة مع انه لا محل لها مطلقاً مادام انه لم ينص على المدة الطويلة بالمادة ١١٣. ويلاحظ أن نص المادة ١١٤ مختلط هو كنص المادة ٨٥ أهلي حرقاً بحرف في النسخة الفرنسية وفي النسخة العربية ويظهر لنا أن المترجم الاهلي لما وجد عبارة المدة الطويلة بالمادة ١١٤ ولم يجد بها بلادة ١١٣ أراد أن يعالج هذا النقص عند ما ترجم المادة ٨٤ أهلي فأضاف كلمة الطويلة على كلمة المدة الموجودة بالمادة ١١٣ مختلط ثم نقلها حرقاً بحرف وجعلها نصاً للمادة ٨٤ أهلي . نقول ذلك لأننا لاحظنا أن المترجم الاهلي كان ينقل دائماً الترجمة المختلطة فيما اتحد فيه النصان المختلط والاهلي . والدليل على ذلك أن الترجمة العربية للمادة ١١٤ مختلط نقلت حرقاً بحرف للمادة ٨٥ أهلي بالنسخة العربية لان النص الفرنسي واحد في الاثنين وربما يعترض على الشارع في حمايته للقاصر في حالة التقادم مع أن له ولها منصبا عليه سواء كان الولي شرعياً أم مختاراً أم قضائياً، فان قصر الولي رجع عليه مفقود الاهلية، والرد على ذلك ان حماية مفقود الاهلية مباشرة أضمن له من رجوعه على وليه عند وقوع الضرر به وذلك لاحتمال اختار الولي في حالة الرجوع، ولأن الخصم حسن النية وهو بالغ أقل استحقاقاً لحماية الشارع بجانب خصمه مفقود الاهلية لان الولاية لا تنهض في ذاتها سبباً كافياً لان تناظر البلوغ عند الخصم البالغ حسن النية والقضاء المصري يجري على هذا التفسير الذي فسرنا به اللادتين ٨٤/١١٣ و ٨٥/١١٤ المشار اليهما

وأما المدد القصيرة جداً وهي التي تقل عن ١٥ سنة و ٥ سنوات فلها تسري على مفقودي الاهلية كما سيأتي ذلك في محله عند التكلم على التقادم للسقط

٤٩٥ - ولقد ورد الايقاف في القانون المصري بشأن مفقود الاهلية شرعا^(١) ولم يرد نص آخر يشير الى غير مفقودى الاهلية . فهل مع ذلك يجوز الاخذ في هذه الحالة بطريق القياس واعتبار الايقاف صحيحا في كل حالة تظهر فيها استحالة مادية حالت بين المالك ومطالبته بملكه ، أم أن هذا النص ورد على طريق الاستثناء من القاعدة الاصلية للقررة في سريان التقادم على الكل وقصر الاستثناء على حالة مفقودى الاهلية دون غيرهم ؟

كان يجرى القانون الفرنسى القديم على جعل الايقاف من المسائل التى يملك القاضى الحرية المطلقة في تقديرها دون أن يقيد بقيد ما . وكان القضاء الفرنسى القديم قبل سنة ١٨٠٤ يجرى أخذاً بهذه القاعدة على اعتبار التقادم موقوفاً عن اداء أثره القانونى كلما اعتوره في طريقه عارض أى مانع من جانب المالك الحقيقى^(٢) اذا كان من شأن المانع أن يحول بين هذا المالك الحقيقى وبين المطالبة بحقه

ولما جاء القانون الفرنسى سنة ١٨٠٤ قرر أن التقادم يحتاج به ضد جميع الافراد ما عدا الاحوال المستثناة بنصوص قانونية (المادة ٢٢٥١) . والذى يفهم من تشريع المادة ، على ما كان معروفاً في الزمن السابق على وضعها ، أن الشارع الفرنسى سحب حرية التقدير من القاضى وجعل الايقاف وقفاً على حالات خاصة عينها الشارع نفسه لا يؤخذ فيها بالاقيسة المنطقية المعروفة في مجال التفسير

ولكن برغم هذا التفسير العلمى فان القضاء الفرنسى لم يعبأ بنسوة المادة ٢٢٥١ التى لا مثيل لها في القانون المصرى

أما المادة ٢٢٥١ مدنى فرنسى فعلى قول : « يسرى التقادم على جميع الافراد الا اذا وجد الافراد في حالات استثنائية معينة بالقانون » والجملة الاخيرة تنصرف الى استثناءات ترجع الى ظروف خاصة قائمة ببعض الافراد . وعلى ذلك فلا يجوز أن تستفيد من هذه المادة الحكومة^(٣) ولا المقاطعات^(٤) ولا المجال والمعاهد العامة^(٥) لان المادة ٢٢٥٢ التى قررت الايقاف بالنسبة للقصر^(٦) والمجور عليهم^(٧)

(١) Etat (٣) versus dominus (٢) ceux qui sont légalement incapables (١) interdits (٧) mineurs (٦) établissements publics (٥) communes (٤)

لا تسرى على الحكومة ومن في حكمها . ثم قل القضاء الفرنسي بان القانون الفرنسي لم يحظر مطلقا الاخذ بالايقاف في حالات أخرى لا ترجع هذه المرة الى اعتبارات شخصية خاصة ببعض الافراد المعينين ، بل ترجع لحوادث ووقائع^(١) جعلت المالك الحقيقي لا يستطيع مطلقا العمل على قطع المدة السارية اضرارا به . فاذا قطعت المواصلات بسبب الحرب أو بسبب ثورة أو اضطراب واستحال على المالك العمل على حماية ملكه وجب ايقاف سير التقادم وفوق ذلك قل المادة ٢٢٥١ قلت بمجالات استثنائية معينة بالقانون ولم قل بأنه يجب على هذا القانون أن يقول بالايقاف بعبارة صريحة^(٢) وعلى ذلك يجوز أن يحصل الايقاف عرضا واحتمالا^(٣) أى يحصل كلما كان مستفادا من واقعة جعلته نتيجة حتمية لها : يؤيد ذلك ما تقرر بشأن التقادم المسقط في حالة الافلاس اذ لا يجوز الدفع بالتقادم ضد دائي التفليس ما دام أنهم قد منعوا من مباشرة تحصيل حقوقهم بأنفسهم ومن عمل الاجراءات التحفظية^(٤)

٤٩٦ - الحالة في القانون المصري : هل يؤخذ فيه بما أخذ به القضاء الفرنسي أم يؤخذ فيه بالعكس ؟ اننا لا نتردد في الاخذ فيه بما قرره القضاء الفرنسي لأن الايقاف هو نتيجة حتمية لظروف قهرية كحادث جبرى أو قوة قهرية . وأمام الحوادث الجبرية لا يملك صاحب الحق حرية الانتفاع . فلا يؤخذ بتمتع عمل لأشأن لارادته فيه . والتقادم لوحظ في مشروعيته اهمال من جانب المالك الحقيقي فاذا انتفى الایمال فلا محل للتقادم . هذا وما يشفع لهذا الرأى فى القانون المصرى أنه لا يوجد به ما يقابل المادة ٢٢٥١ التى أثارته حولها هذه الخلافات العلمية^(٥)

٤٩٧ - فى الايقاف بسبب تعليق الحق على شرط أو على أجل : لا يسنى التقادم ضد الحق المعلق على أجل أو على شرط (المادة ١٢٥٧ مدنى فرنسى) سواء كان الحق حقاً عينياً عقارياً ، أى يتعلق بالتقادم المكسب أم حقاً متصلاً بالمال ، أى يتعلق بالتقادم المسقط . وعلى ذلك فلا تسرى المدة إلا من تاريخ

(١) événements (٢) expressément (٣) suspension virtuelle

(٤) د . ١٢٢٠١٠٩٠٠٠ - س . ١٢٣٠١٠٩٠٢٠ - كولين وكابتن ج ١ ص ٨٩٩

(٥) دى هلس ج ٣ ص ٣٢٨ ن ٦ وص ٣٢٩ ن ٦١ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩٠٠ - ٥٣٠١٣

استحقاق الحق أو الدين^(١) إذ الاحمال من جانب الدائن مستحيل طالما أن الشرط لم يتحقق أو أن الاجل لم يحل

٤٩٨ - التقادم اذلة للملك^(٢) لاوسيد في اكتساب الملكية: (٣)

جرت عادة المؤلفين على اعتبار التقادم وسيلة من اكتساب الملكية . والحقيقة انه اذاعة توصلا لاكتسابها . ومعنى ذلك أن الملكية لا تكتسب من تلقاء نفسها بمجرد مضي المدة وتصبح داخلة في مال واضح اليد بمحض قوة القانون وسلطانة بمضى المدة ، بل يجب على التقادم^(٤) أن يفصح عن ارادته في رغبته بالتسك بالتقادم . وإبداء الرغبة هذه تتحقق الملكية اذ الرغبة تعتبر شرطاً لازماً لاكتساب الملكية وهو الشرط الاخير لها^(٥) بعد توافر شروط التقادم . وهذا هو ما قرره المادة ٢٢٢٣ مدني فرنسي - والتي ليس لها مثيل في القانون المصري ولكنها تقرر قاعدة عامة حيث تقول « لا يجوز للقضاة أن يحكموا من تلقاء أنفسهم بالدفع الخاص بالتقادم . » أي لا بد للتقادم أن يطلبه صاحبه هو . والسبب في ذلك أن التقادم ربما لا يتفق أحياناً مع الذمة الصحيحة عند من يعلم بأنه يملك ملك الغير . وقول المادة ٢٢٢٤ بأنه يجوز الدفع بالتقادم في أي حالة كانت عليها الدعوى

ولكن اذا كان لا يوجد المادة ٢٢٢٣ مدني فرنسي شبيهه بالقانون المصري فان عبارة المادة المصرية ٢٠٤ / ٢٦٨ تشير الى معنى المادة الفرنسية اذ تقرر أن « مضي المدة المقررة بالقانون يترتب عليه سقوط التعهد واعتبار براءة المتعهد منه اذا تمسك بذلك »^(٦) أي لا يحكم القاضي بمضى المدة الا اذا تمسك به صاحب الحق بان قدم هذا الدفع . وهذا يحكي تماماً ما قرره المادة الفرنسية من طريق عكسي

هـ - في سر يان التقادم على الماضي

للتقادم أثر رجعي يستند الى الماضي فهو يطل ما تعلق عليه من حقوق المالك ويؤيد ما تعلق عليه من حقوق التقادم ، ويملك المتقادم غلة الشيء . ملكاً نهائياً

(١) exigibilité (٢) moyen d'acquérir (٣) mode d'acquérir (٤) condition ultime (٥) « lorsque le débiteur l'invoque » (٦) usucapant

و - في التنازل عن التقادم

٥٠٠ - تقرر المادة ٨٠ / ١٠٨ مدني : انه « لا يجوز ترك الحق في التملك بمضى المدة الطويلة قبل حصوله إنما يجوز ذلك بعد حصوله لكل شخص متصرف بالهلية التصرف في حقوقه » وبهذا المعنى أيضاً المادة ٢٢٢٠ و ٢٢٢٢ مدني فرنسي . ثم قررت المادة ٢٢٢١ أن التنازل يجوز أن يكون صريحاً أو ضمناً . وللماضي حرية واسعة في تقدير ظروف التنازل ^(١)

والمعنى التنازل عن التقادم؟ اذا قيل ان التقادم وسيلة في اكتساب الملكية وان هذه الملكية تكتسب بواسطته بمجرد مضي المدة ومن تلقاء نفسها ^(٢) فيكون معنى التنازل حينئذ أن التقادم ينقل الحق الذي امتلكه بمضى المدة الى نفس الشخص الذي أضربه بمضى المدة، أي أن التنازل يعتبر عملاً ناقلاً للملكية ^(٣) وربما يؤيد هذا الرأي ماقررته الفقرة الأخيرة من المادة ٨٠ مدني المقابلة للمادة ٢٢٢٢ فرنسي ولكن المقرر الآن أن التنازل لا يعتبر عملاً ناقلاً للملكية بل التنازل هو ترك حق لم يستعمل بعد ^(٤) ولا عبارة بعبارة الحق المكتسب ^(٥) الواردة بآخر المادة ٢٢٢١ الفرنسية لانها لا تنصرف الى حق الملكية بل الى حق الافصاح عن الرغبة ^(٦)

٥٠١ - و يترتب على عدم اعتبار التقادم عملاً ناقلاً للملكية ما يأتي :

(١) ان التنازل لا يعتبر عقداً ذا طرفين ^(٧) أي لا يشترط فيه رضا التنازل اليه على حسب الرأي الغالب الآن وهو عدم اعتبار التنازل عملاً ناقلاً للملكية بل هو عمل ذو طرف واحد ^(٨) وعلى ذلك اذا شاب رضا التنازل شائبة النقص بطل التنازل حتى لو كان النقص حاصلًا من غير التنازل اليه

(٢) لو كان التنازل من الاعمال الناقلة لترتب على ذلك خضوعه لشروط الهبة .
أما والتنازل اقرار من التنازل الى التنازل اليه بملكته فلا يعتبر هبة

(١) د. ٩٠٧٠ ، ٢٠ ، ٢٨٩٠ ومقال « Poncet » (٢) automatiquement

(٣) acte translatif (٤) abdication d'une faculté non encore exercée

(٥) droit acquis (٦) كولين وكابلتن ج ١ ص ٩٠٢ (٧) acte bilatéral (٨) acte

unitatéral

(٣) ما دام أن التنازل ليس عملاً ناقلاً للملكية فهو غير خاضع للتسجيل
 (٤) إذا كان التنازل عملاً ناقلاً للملكية جاز للدائنين الطعن فيه بدعوى الإبطال
 إذا حصل اضراً بهم طبقاً للمادة ١٤٣/٢٠٤ و ٥٥٦/٦٨٠ مدني و ١١٦٧ فرنسي
 ولكن ما دام التنازل هو ترك مجرد حق لم يستعمل بعد فإنه لا يجوز في هذه الحالة
 للدائنين أن يرفضوا دعوى الإبطال بل يجوز لهم فقط أن يعللوا ما يهمل فيه
 المدين . بمعنى أنه إذا لم يتمسك المدين بالتقادم جاز للدائنين أن يدفعوا به حتى ولو تنازل
 عنه (المادة ٢٢٢٥ فرنسي) وهذا هو ما تقرره المادة ٢٠٦/٢٧٠ مدني وعلي ذلك
 يجب رفع الدعوى غير المباشرة للنو عنها بالمادة ١٤١/٢٠٢ مدني و ١١٦٦ فرنسي^(١)
 وقد قررت المادة ٧٠/١٠٨ مدني قرة أولى أنه لا يجوز التنازل مقدماً عن
 التقادم . وقد وردت هذه المادة بالفصل الخاص بمضي المدة المكسب . ولكن لا بد
 أن يؤخذ بها في حالة مضي المدة المسقط أيضاً . والمادة ٢٢٢٠ فرنسية المقابلة لها وردت
 في الفصل العام للتقادم المكسب والمسقط . وحكمة مشروعية هذه المادة ٨٠/١٠٨
 مدني و ٢٢٢٠ فرنسي في حالة التقادم المسقط أنه لو أبيع التنازل مقدماً عن التقادم
 لأصبح التنازل هذا من العبارات الانشائية التي تثبت دائماً وأبداً في العقود^(٢)
 وأصبح التقادم هذا كأنه لا وجود له بقانون باعتباره ميراثاً لذة المدين . على أنه يجب
 ملاحظة أن التقادم المسقط إنما شرع لاعتبارات ترجع لحسن النظام^(٣) ومنفعة المجتمع^(٤)
 ٥٠٢ — هذا بالنسبة للتقادم المسقط . ولكن لماذا هذا الحظر إذا كان التقادم
 مكسباً وما هي الفائدة العملية لتقرير هذا الحظر في حالة التقادم المكسب ؟ إذا كان
 واضح اليد سبباً النية فإنه يستحيل عليه الاقرار بهذا التنازل ، وإذا كان حسن
 النية فلا يغل ذلك أيضاً . إذن علّام هذا الحظر ما دام التنازل لا يقع في مجال
 العمل مطلقاً ؟ ربما يحصل أن المالك عند ما يسلم الشيء المملوك له لوكيله أو المستأجر
 منه يشترط عليه بأنه لا يجوز للوكيل أو المستأجر أن يدعى فيما بعد بالتلك بمضي المدة

(١) ويجب الرجوع الى النصوص الفرنسية المواد ١٤٣/٢٠٤ مدني و ٢٧١/٢٠٦ مدني
 حيث وردت بها كلمة renonciation الامر الذي يشر بأن الدعوى التي ترفع في حالة التنازل
 هي دعوى الإبطال لا الدعوى غير المباشرة (٢) clause de style (٣) bon ordre (٤) utilité sociale

من طريق تغيير السند أى تغيير السبب في الحيازة^(١) من مجرد حيازة مادية^(٢) الى وضع يد قانوني^(٣). ان تخيل وقوع ذلك أمر لا يحصل على انه اذا وقع فانه يكون محظوراً بالمادة ١٠٨/٨٠ مدني و ٢٢٢٠ فرنسي وهنا يتندر ابداء سبب مقبول في مشروعية هذا الحظر في حالة التقادم المكسب

٣ - في التقادم السقط

١ - في أحكام التقادم السقط

٥٠٣ - التقادم السقط أو البرئ هو وسيلة في انقضاء الحقوق الخاصة بالمال^(٤) وهو ينشأ عن عدم استعمال صاحب هذه الحقوق لها مدة زمن معين وهو في العادة خمس عشرة سنة ويتمشى حق التقادم هذا على حقوق الدائنية^(٥) والحقوق العينية المقررة على الشيء المملوك للغير^(٦)

وسقوط الحق بعدم الاستعمال لا ينصب على حق الانتفاع بالملكية، بمعنى انه اذا انتفع شخص بملك الغير مدة ١٥ سنة اكتسب حق الملكية عليه وزال حق ملكية المالك الحقيقي عنه . فالكسب هناك يقابله زوال هنا . أى لم يزل الحق الا لا كتسابه بمعرفة آخر . فاذا لم يكتسبه الآخر ظل الحق باقياً لدى صاحبه رغم عدم استعماله لإياه مدة ١٥ سنة . واذا تبدل واضع اليد على العقار أكثر من ١٥ سنة الواحد بعد الآخر

(١) intervention de titre (٢) simple détention (٣) possession légale (٤) droits du patrimoine (٥) droits de créance (٦) وعلى الدعاوى المطروحة امام القضاء . فاذا ظلت الدعوى ١٥ سنة دون ان يحركها أحد سقطت بمدة ١٥ سنة بلا حاجة الى رفع دعوى بطلان المرافعة : ١٧ مايو سنة ١٩٠٥ ، ١٧ ، ٢٨٦ ، ٦ : نوفمبر سنة ١٩٢٣ ، ١٢ ، ٣٦ ، ٢٤٧ ، ٢ : مارس سنة ١٩٢٤ ، ٢٥٤ ، ٣٦ ، ٢ : بلا حاجة الى رفع دعوى مستقلة بالتقادم ، اذا يمكن الدفع بالتقادم على شكل دفع فرعي : ١٨ مارس سنة ١٩٢٠ ، ٣٢ ، ٢١١ - وراجع أيضاً مرافعات الدكتور ابو هيف بك بند ١١٤٠ وحواشيه - وراجع مرافعات الدكتور عبد الفتاح بك السيد ص ٦٤٥ و ٧٣٨ واذا كانت الدعوى المرفوعة خاصة بالمطالبة بتثبيت ملكية الوقف بين من الاعيان . فان هذه الدعوى تسقط مع ذلك بمضى ١٥ سنة اذا ظلت مطروحة امام القضاء ولا يحركها أحد : حكم ١٨ مارس سنة ١٩٢٠ المذكور . ويقول القضاء لهذه المتسبب ولكونه يأخذ بالتقادم في الوقف بمدة ٣٣ سنة ان منجبه هذا في سقوط الدعوى بمدة ١٥ سنة لا يتعارض مع سقوط الحق بمدة ٣٣ سنة لا فرق بين الحق والدعوى المؤبدة للحق !! ولكن أليس هذا دليلاً لنا أيضاً على ترجيح الرأي الذي قلنا به في سقوط دعوى الوقف والارث بمدة ١٥ سنة لا ٣٣ سنة ؟؟ (ن ٥٦٠ - ٥٦٢)

فلا يزول الملكية عن المالك طالما أنه لم يملكه واحداً آخر مدة ١٥ سنة ولذا يقال ان حق الملكية دائم^(١) أى لا يزول بمجرد عدم استعماله مدة ١٥ سنة أى أنه غير قابل للتقادم^(٢) أى لزوال عن صاحبه طالما أنه لم يتقرر للغير حق عليه

و على ذلك تكون القاعدة المقررة فى المادة ٢٢٦٢ مدنى من ان كل حق عيني أو شخصى يزول بمضى المدة منصرفه اما الى الحق العيني فى عدم استعماله بمعرفة مالكه ورتب حق للغير عليه ، واما الى الحق الشخصى أى حق الاستدانة فى عدم تحرك الدائن مدة الزمن القانونى للطالبة بدينه . وهذا هو المعنى المستفاد أيضاً من المادة ٧٦/ ١٠٢ مدنى الخاصة بالتقادم المكسب والمادة ٢٠٨/ ٢٢٢ الخاصة بالتقادم للسقط وربما كانت هاتان المادتان الصريتان صريحتين فى أن التقادم المكسب خاص فقط بحالة اكتساب الحقوق العينية المقارية اذ يقول أولاهما « تكتسب » الحقوق العينية المقارية الخ. وتقول ثانيتهما بأن الالتزامات « تنقضى » الخ. ومعنى ذلك كله ان زوال الالتزام عن صاحبه يأتى من عدم حراك صاحبه . وزوال الحق العيني المقارى عن صاحبه يأتى بتوافر ركنين . أولاً علم حراك المالك . ثانياً اكتساب الغير لهذا الحق ٥٠٤ — وما تقدم يرى أن غرض الشارع منصرف هنا وهناك الى حماية حالة حاضرة مستقرة قد اطمأن اليها أصحاب الحقوق . أى أن غرض الشارع موجه الى حماية الاشخاص ضد بعضهم البعض لا حماية العقار نفسه ، فاذا ظل المالك غير منتفع بعقاره ١٥ سنة فلا يزول عنه ملكه مطلقاً أى مهما امتدت المدة ، انما تدخل الشارع ويوقف حجر عثرة فى سبيل المالك اذا تقرر للغير حق على هذا العقار . وتدخل الشارع لا يأتى الا عند ظهور ظل لحماية المكتسب الحق على العقار سواء كان مالكا أصلياً أم مالكا عرضياً للتقادم . ويستحيل أن يكون غرض الشارع منصرفاً الى حماية العقار لمجرد كونه عقاراً لان الحقوق العينية عقارية كانت أو منقولة لا يمكن أن يتر بها العقل والبداهة حقوقاً الا اذا كان تمت من يطالب بها . وثانياً لا مطالب الا عند وجود النزاع ولا نزاع الا عند تعدد الاشخاص لان النزاع من الواحد على نفسه مستحيل . ٥٠٥ — ولذا نلاحظ بحق ان التقادم المسقط لا يكون الا بين اثنين دائن

ومدين . دائن زال عنه الحق لاهماله . ومدين اكتسب حق براءة الذمة بسبب اجهال الاول . وفي التقادم المكسب كذلك أيضا لا يكون الا بين اثنين . مالك ومتقادم : أهمل الاول فاكسب الثاني . واكتسب الثاني لاهمال الاول . فلا اكتساب والاهمال متلازمان ولا يتصور مطلقا وجود مقتض السكلام عن الحق من الوجهة المنطقية والعقلية الا اذا تنازع الشيء السلط عليه الحق أكثر من واحد . واما اذا لم يتنازعه أكثر من واحد فهو غير منازع فيه لانه مملوك للمالك . ويستحيل أن يكون غير ذلك الا اذا قيل بأن المالك تحلى عن ملكه ولم يكتسب الغير حقا عليه فيصبح بحكم القانون مالا سائبا أو ملكا للحكومة اذا اعتبرت مالكة للمالا ملك له

٥٠٦ - اذا علمنا ذلك أدركنا مبلغ ما ذهب اليه حكم محكمة النقض والابرام الفرنسية الصادر في ٥ مايو سنة ١٨٧٥^(١) من البعد عن روح التشريع . ذلك أن جمعية دينية غير مأذون لها من قبل الادارة قد استلمت عقارا من مالك على سبيل الهبة ولما كانت الهبة باطلة لعدم صدور اجازة من الحكومة بانشاء هذه الجمعية فقد رفع وارثو الواهب بعد مضي ٣٠ سنة (تقابل في قوتونا ١٥ سنة) دعوى ضد الجمعية طلبوا فيها تثبيت ملكيتهم للعقار الموهوب باعتبار أن الهبة باطلة . فحكمت محكمة النقض والابرام أخذاً بالمادة ٢١٦٧ للقايلة للمادتين ١٠٢/٧٦ مدني و ٢٧٢/٢٠٨ مدني قائلة بأن دعوى الورثة تسقط بمضي المدة العادية أي استمدت على التقادم المسقط . ولم قل بأن الجمعية اكتسبت بالتقادم حق الملكية على العقار . وعلى هذا الاعتبار أصبح العقار ولا مالك له . فلا الجمعية تملكه لانه غير مرخص لها بوجود القانوني ولا الورثة يملكونه بفضل الحكم^(٢) وكان الواجب في هذه الدعوى الحكم بالملكية للورثة لان الأخذ بالتقادم المسقط غير مجد اذ لا بد فيه من مدين ودائن بالمعني الصحيح القانوني وفي انتقادم المكسب لا بد فيه من مكتسب ومحروم فلا يقضى بزوال الالتزام في حالة التقادم المسقط الا اذا قلم الالتزام بين طرفين دائن ومدين . ولا يقضى بزوال الملكية في حالة انتقادم المكسب الا بين شخصين مكتسب اكتسب

(١) ١٨٥٠، ١٠، ١٤٥ - مقال « بودان Beudant » - س ٧٩٠، ١٠، ٣١٢

(٢) كولن وكابنان ج ١ ص ٩٩٤

المقار بوضع يده ومحروم خسر المقار باماله . ويستحيل قانوناً وعقلاً فهم التقادم المكسب والتقادم المسقط الا اذا روعيت هذه الاعتبارات الالهيية

٥٠٧ - هذا ولقد تعد الناقدون طول مدة التقادم في فرنسا اذ هي ٣٠ سنة (قابل عندنا ١٥ سنة) و ١٠ سنوات و ٢٠ سنة في حالة التملك بسبب صحيح وحسن نية (قابل عندنا ٥ سنوات) ولا حظوا أن رقى المدنية وسهولة المواصلات أصبحت تجعل المالك لا يفتقر عن مراقبة ملكه من آن لآن. ومن غريب أمر مدة الثلاثين سنة انها هي نفس المدة التي سبق للرومان أن أخذوا بها في عصر الامبراطورية وحافظ عليها الفرنسيون قبل سن قانون سنة ١٨٠٤ وبعدة . وهي قريبة الى ٣٣ سنة مدة سقوط الدعوى في الشريعة الاسلامية . أما الشارع المصري فقد فعل خيراً في أخذه بالخمسة عشرة سنة وخمس السنوات . وربما لوحظ أيضاً في مدة ١٥ سنة طولاً وقد لا يتفق مع حركة العمران الحاضرة

فلنا ان حق الملكية دائم خلد لا يزول بمجرد علم الاستعمال ويدخل في ذلك حق الملكية الأدبية أو الفنية ^(١) فانه لا يزول علم الاستعمال ^(٢)

٥٠٨ - ويستط الحق في رفع الدعوى بنضى المدة سواء كانت الدعوى خاصة بتقرير حق ارتفاق لعقار على عقار ^(٣) أم بنى حق ارتفاق عن عقار ^(٤) وكذلك دعوى وضع اليد على اختلاف أنواعها ^(٥) والدعوى الشخصية ^(٦) ودعوى المصالبة بالإنهاء ^(٧) ودعوى المسخ ^(٨) ودعوى الإبطال ^(٩) ودعوى المطالبة بالحساب ^(١٠) فانها تستط هي الاخرى بل والدقرة لها قانوناً

٥٠٩ - أما دعوى الملكية أى دعوى تثبيت الملكية ^(١١) فانها لا تستط مطلقاً ما دام حق الملكية لا يزول بمجرد علم الاستعمال

(١) propriété littéraire ou artistique (٢) non-usage (٣) action confessoire (٤) action négatoire (٥) actions possessoires (٦) actions (٧) action en nullité (٨) action en résolution (٩) action personnelle (١٠) en révocation (١١) action en revendication ٥٩٠٢٠٨٩ ديسمبر سنة

٥١٠ - ويلحق بدعوى الملكية في عدم القابلية للتقادم دعوى القسمة^(١) في حالة الملكية الشائعة ودعوى طلب حق المرور من ملك الجار^(٢) إذا لم يوجد منفذ للمرور بغير ذلك^(٣) (المادة ٤٣/٦٥ مدني). هذه الدعاوى باقية إلى النهاية لا تسقط بمرور الزمن مادام السبب في الشروع وعدم المنفذ قائماً، ذلك لانها تابعة لحق الملكية بالثبات وهو لا يسقط بالاستعمال مهما طال عليه الزمن

ب - في المسوغ القانوني للتقادم المسقط

١١٥ - السوغ القانوني^(٤) في التقادم المسقط. هو نفس السوغ المقرر في حالة التقادم المكتسب. اذ النظام العام^(٥) والسلم الاجتماعي^(٦) يقتضيان دوام استمرار الحقوق فاذا ظل الدائن زمناً وهو لا يحرك ساكناً بشأن تخاضع دينه اعتبر ذلك قرينة على زوال دينه وانقضائه^(٧). والدفع بالتقادم المسقط يحول دون البحث في مسائل طال عليها الزمن^(٨). ومن شأن التقادم أن يرفع عن كواهل الدينين عبء المحافظة على الايصالات إلى زمن طويل. وهناك أسباب خاصة في حالة للمسوغ القانوني لمدد التقادم القصير جداً منذ كرها في حينها

٥١٢ - وكان القانون الروماني لا يعرف التقادم المسقط اخص بالالتزامات لانه بمجرد تقرير الالتزامات تبقى خالدة ولا تزول بمضي الزمن، بل تزول بالوفاء ولكن البريتور^(٩) كان أول من قرر زوال الالتزام بسبب قعود الدائن دون المطالبة

(١) action en réclamation de droit de passage (٢) action en partage (٣) paix (٤) ordre public (٥) fondement (٦) en cas d'enclave (٧) sociale (٨) ومع ذلك لا يصح الدفع بالتقادم في آن واحد مع المنازعة في أصل الحق: ويتأيد سنة ١٣٠٨-٧٣٠٧، ١٣٠٨-٧٣٠٧، ١٣٠٨-٧٣٠٧. وإذا صدر قرار من مجلس الأحكام وأحيل على المجلس الخصوصي بمعرفة الحكومة فإن الوصي الذي صدر لصالحه الحكم والذي لا يعرف في ذلك الوقت طريقاً يستعين به في تنفيذ الحكم، حتى أصبح التنفيذ لديه مستحيلاً، هذا القرار لا يسقط بمضي المدة: ٧٣٠٧، ٧٣٠٧ ولا يسقط الدين في الفاروقة مهما طال الزمن على بناء المدين تحت يد الدائن: ١٢، ١٠٥٠. ويرى التقادم في مصلحة القاصر لا منه: ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٣، ٣٦، ١٢ (٨) ويدفع بالتقدم في أي درجة من درجات الدعوى ابتدائياً واستثنائياً وفي المعارضة: ٥٢، ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٣، ٣٦، ١٢، ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٣، ٣٦، ١٠٩، ١٧٨٠. وبعد التكم في الموضوع حتى لو ادعى المدين بأنه دفع دينه ولم يستطع إثبات ذلك، إذ لا يعتبر هذا تنازلاً عن الدفع بالتقدم: حكم ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٣ المذكور، - وإذا حصل المدول عنه فلا يصح المدول عن المدول: ١٢ يونيو سنة ١٩٢٣، ٣٥، ٥٠٢، ٣٥٠ (٩) prêteur

وكان يجب في أغلب الدعاوى التي قرر انشاءها البريتور أن ترفع في ظرف ستة . ثم تقرر بعد ذلك في عصر الامبراطورية التقادم للمسقط بمضى ٣٠ سنة عن جميع الدعاوى المدنية أى التي قررها القانون الرومانى الصرف والدعاوى الدائمة التي قررها القاضي

جـ - في مدد التقادم المسقط

٥١٣ - مدة التقادم المسقط خمس عشرة سنة كما قررتها المادة ٢٠٨ / ٢٧٢ مدنى وهي نفس مدة التقادم المكسب كما قررتها المادة ٧٦ / ١٠٢ مدنى وقد قرر القانون للتقادم المسقط جملة مدد مختلفة فيينا يقرر في حالة التقادم المكسب مدتين ١٥ سنة؛ و ٥ سنوات عند وجود سبب صحيح وحسن نية، اذا هو يقرر في حالة التقادم المسقط مدداً مختلفة رجع فيها الى اعتبارات جملة وهي مقسمة الى ثلاث طوائف : (١) التقادم المسقط بمضى ٥ سنوات وهو الخاص بالمرتبات والقوائد والمعاشات والايجار (٢) والتقادم المسقط بمضى مدة ٣٦٠ يوماً وهو الخاص بالمحامين والاطباء والمحضرين وكتبة المحاكم (٣) وطائفة ثالثة بمدد وأحوال مختلفة .

§ ١ - التقادم المسقط بخمس سنوات

٥١٤ - هذه الحالة عامة وكثيرة الوقوع . وتنص عليها المادة ٢١١ / ٢٧٥ مدنى و ٢٢٧٧ فرنسى بما يأتى « المرتبات والقوائد والمعاشات والاجر ^(١) وبالجملة جميع ما يستحق دفعه سنوياً أو بمواعيد أقل من سنة يسقط الحق في المطالبة به بمضى خمس سنوات هلالية » ورجع في أصلها بالقانون الفرنسى الى قانون أصدره لويز الثانى عشر ^(٢) سنة ١٥٤٠ كان الغرض منه حماية المطالبين بالمرتبات ^(٣) حتى لا يتقل كواهلهم وينزل بهم الدوز من جراء احمال أصحاب الديون في مطالبتهم ^(٤) وجاء قانون ١٦٢٩ المعروف بقانون ميشو ^(٥) وأدخل فيه الايجار . ولما جاء القانون الفرنسى سنة ١٨٠٤ لاحظ واضعوه أيضاً نفس هذه الاعتبارات وهي ضرورة حماية المدينين . وذلك انهم لاحظوا انه اذا أهمل الدائن وعلى الاخص الدائن الذى خصه القانون

ordonnance (٢) les redevances, arrérages, pensions, loyers et intérêts (١)

Code Michaud (٥) ٦٣٨ ن ٢٠٢ س (٤) بلايول Louis XIII (٣) débi-rentiers (٤)

بامتياز يحق حقه كالمؤجر مثلا - وظل مدة لا يطالب مدينه بقيمة الايجار أو بقية الفوائد (التي ربما تكون خاصة بدين مضون برهن) وجب أن يسقط حقه في المطالبة بعد مدة معينة . اذ يخشى من تراكم الاقساط ، وهي التي تدفع عادة من ايرادات المدين ، أن تحول هي الاخرى الى رأس مال وباضاقها على الدين الاول ينوء المدين بهذا الحمل الثقيل . ولذا يجب في مدة خمس السنوات هذه أن يسارع الدائن الى المطالبة بهذه المبالغ ^(١)

٥١٥ - أما هذه المبالغ فهي :

١ (المبالغ التي ترفع في أوقات معينة : ^(٢) وكلمة معينة ^(٣) تنصرف الى ما يدفع تقدماً أو عيناً ^(٤) في أوقات معينة من غير طريق الايجار . كالمبالغ التي يدفعها صاحب المحرك ^(٥) ، أو المبالغ التي يدفعها صاحب الامتياز من الحكومة ^(٦)

٢ (المرتبات : ^(٧) وهي المبالغ المطلوبة في أوقاتها الدورية لاصحاب المرتبات ^(٨) والمقررة لهم طول حياتهم ^(٩) أو لمدة معينة ^(١٠)

٣ (المعاشات : ^(١١) وهي تشمل النفقات ^(١٢) المقررة بقد أو بحكم وكذلك النفقات المقررة من الحكومة أو من المصالح الادارية العامة أو الخاصة أو من الافراد وهي المقررة للموظفين والمستخدمين مكفأة لهم على خدماتهم السابقة وأما التعويضات التي تقرر

(١) ويعتبر القضاء ان سقوط الحق هنا عقوبة للدائن ولم يكن السبب فيه قرينة بالوفاة : ١٢ ديسمبر سنة ٢٠٩٠ ، ٢٠٨٨ ، ٢٠٩٠ (٢) redevances (٣) nature (٥) ٣١ ديسمبر سنة ١٠٣٠ ، ٣٠٩٠ - حكم استثنائي ٧ يناير سنة ٩٠٨ م ٩٠٨ من ٨ قلدي يسقط ما يدفعه المحتكر من المبالغ السنوية . وأما حق المحرك نفسه فانه يجوز أن يسقط هو الآخر بمضى للعدة . فاذا ظل مالك الارض المحكرة للعدة القانونية وهو لا يطالب المحتكر بأجر المحكر زال حق المطالبة بالعدة عن المحتكر وذلك أهدأ بالقياس في انه يجوز اكتسب حق المحكر بالذات بالتقدم : ٧ يرفيو سنة ٩١٧ ، ٢٩٠ ، ٤٩٠ . انما الذي نقول به ان مدة التقدم هي ١٥ سنة لا ٣٣ سنة

(٦) concessionnaire دى مجلس ج ٣ من ١٨١١ ٢٧٣ (٧) arrérages (٨) ren-

viager (٩) tiers (١٠) دى مجلس ن ١٨٢ (١١) pensions (١٢) pensions alimentaires

عن طريق أصلى أو من طريق الاستثناء كمن أصيبوا بضرر في حوادث مفاجئة أو لو رثتهم فانها لا تخضع لحكم المادة المذكورة الا اذا تقرر دفعها في أوقات دورية معينة . اذ في هذه الحالة الاخيرة تقادم بخمس سنوات . وأما في غير ذلك فلا تسقط الا بمضى ١٥ سنة (١)

(٤) **الايجار :** (٢) ويدخل فيه أيضا كل ما التزم به المستأجر بسبب عقد الايجار كالتزامه بتصليح الارض وتجريفها وتطهير المصارف ودفع أموال الحكومة ، اذ كل ذلك يسقط أيضاً بمضى خمس سنوات باسبة للمالك فقط (٣) وكذلك لو طلب الايجار بصفة تمويض (٤)

هذا ولا بد من ملاحظة أن الذى يسقط من الايجار بمضى خمس سنوات انما هو المقدار الذى استحق منه . فاذا كانت الاجارة ثلاثة أقساط ومضت على القسط الاول مدة خمس سنوات سقط هذا القسط فقط . وأما الاقساط الاخرى فلا تسقط الا اذا مضى على كل قسط خمس سنوات من وقت استحقاق المطالبة به (٥)

(٥) **الفوائد :** وسواء كانت قانونية أم قسائية (٦)

ولا يدفع بالتقادم الخمسى ضد من دفع الفوائد عن المدين . لان أساس التزام المدين بالوفاء الى الغير أي الدافع انما هو شبه العقد الحاصل بسبب تطوع الغير في الدفع (٧) وتسقط الفوائد المطلوبة للوكيل بالتزام الخمسى أيضا فيما صرفه الوكيل من جيبه في أعمال موكله ، على شرط أن تكون هذه الفوائد قد سويت في حساب بين الوكيل والموكل . ولا يبتدىء التقادم الا من وقت الحساب (٨)

ولا يؤخذ بالتقادم الخمسى اذا تجمعت الفوائد وأصبحت بمثابة رأس مال أى مبلغ أصلى يرجع فوائد (٩) انما يؤخذ بالتقادم اذا صدر الحكم بالفوائد مع المبلغ الاصلى دون اعتبار الفوائد كرأس مال أى متجمدة (١٠)

(١) دى هلس ن ١٨٣ (١) loyer (٢) دى هلس ن ١٨٤ (٤) ١٧ نوفمبر سنة ١٢٠٥، ١٣ (٥) دى هلس ن ١٨٥ (٦) دى هلس ن ١٨٦ (٧) دى هلس ن ١٨٨ (٨) دى هلس ن ١٨٩ (٩) intérêts capitalisés ٣ يونيو سنة ١٨٦٤، ٣٤ (١٠) ٢٨ مارس سنة ١٨٦٤، ٣٢

(٢) كذلك في التأمينات المتبادلة^(١) يعتبر القسط^(٢) الذى يجب على كل مؤمن له^(٣) غير محدد القيمة من قبل لأن مقداره يرجع لعدد وإهمية الاملاك المؤمن عليها وتعدد ومقدار الحوادث^(٤) التى تقع في ظرف سنة. وما دام هذا القسط لم يتوافر فيه شرط التعيين في المقدار^(٥) وشرط التعيين في الاجل^(٦) فهو لا يخضع حينئذ لحكم المادة ٢٧٥/٢١١ المشار اليها ولا يسقط حق المطالبة به بمضى خمس سنوات^(٧)

هذا هو حكم القضاء الفرنسى في الحالتين السابقتين الخاصتين بمبلغى المناجم وشركات التأمين. ورغم هذا المذهب القضائى قالت الشارحين نقده وأخذوا عليه ما يأتى :

١. — ان الشرط القائل بتعيين المبلغ من قبل^(٨) شرط لم يقل به القانون اذ لم تنص عليه المادة ٢٧٢ مدنى فرنسى المقابلة تماما للمادة ٢٥٧/٢١١ مدنى مصرى
٢. — ان ضرورة تعيين المبلغ من قبل وتحديدده لم يكن ضروريا ولازما لتحقيق الخطر المحقق بالمدين فيما اذا تأخر في دفع المبلغ زمنا طويلا فينوء ظهروا بتجمد في ذمته، ذلك الخطر الذى لاحظته الشارع عند وضعه للمادة المذكورة والتى أراد بها حمايته من هذا الخطر

٣. — ان هذا القضاء يتعارض مع ما قرره في مواطن أخرى عند ما قرر سقوط الانصب^(٩) المستحقة للمساهمين^(١٠) في ذمة الشركة التجارية بمضى خمس سنوات^(١١)

هذا هو رأى القضاء الفرنسى ومذهب الفقه في معنى ومرعى التقديم بخمس سنوات فيما يتعلق « بكافة ما يستحق دفعه سنويا أو بموايد أقل من سنة »
ولقد أثارت هذه الجملة الاخيرة من المادة ٢٧٥/٢١١ مدنى شدة القضاء الاهلى في مسئلتين : أولاها الاستحقاق في الوقف وثانيهما ريع العقار المقتصب

(١) les assurances mutuelles (٢) cotisation (٣) assuré (٤) sinistres (٥) fixité (٦) périodicité (٧) ١٠٠.١.٩٥.٢٥٠ ومقال بلانول : س. ١٠.٩٦.١٠٠
٣٨٥. — كاتان ص ١٣٣ (٨) fixité (٩) dividende (١٠) actionnaires (١١) ١٣٦.٢٠.٥٤.٠ س. ١٣٦.٢٠.٥٤.٠ كولين وكاتان ج ٢ ص ١٣٣

المسئلة الاولى - الاستحقاق في الوقف

٥١٧ - الوقف نظام شرعى محض فى أصله وإنشائه وتقرير حقوقه . وجعل رسمياً بحكم لأئحة نظام المحاكم الشرعية وأشار اليه اتقانون اللبنى المصرى فى المادة ٢٢/٧ فيما يتعلق بتعريفه وفى الاحالة على اللوائح فيما يتعلق بتوزيع غلته ، وفى المادة ٧٦/٥٣ مدنى أشار القانون الى عدم صحة الوقف فيما اذا عمل اضراً ببدائى الواقف وأشار فى المادة ١٧/٣٤ و ١٨/٣٧ مدنى الى وزارة الاوقاف . وقرر القانون فى المادة ٥٤ قرة ٢/٧٧ مدنى ان أحكام الارث فى منعة الاموال الموقوفة خاضعة لاحكام الشريعة المحلية

والاستحقاق فى الوقف خاضع لتواعد شرعية مقررة ويستفاد من المواد ١٨٠ و ٢٣٤ من قانون العدل والانصاف وغيرهما أنه على فرض أن أعيان الوقف تستحق أجرهما فى آخر كل سنة لا قبل ذلك ولا بعده الا أنه ليس للمستحق فى الوقف أن يطالب النظر بمحضته فى الغلة بمجرد مضى السنة بل المطالبة لا تكون إلا من الاجرة التى يستلمها الناظر من المستأجرين كل مستحق بنسبة حصته من ذلك بعد صرف المصاريف الممتازة^(١)

فإذا نظرنا الى هذا التعليل الذى يقول به رجال الفقه الاسلامى والى ما أئنه حكم الاستئناف المشار اليه ، ثم قرئله بما قرره القضاء الفرنسى وما نقده فيه كركلين وكاتبان بشأن المبالغ المستحقة على المناجم ومبالغ التأمينات المتبادلة (ن ٥١٦) تبين أن الاستحقاق فى الوقف لا يسقط بمضى خمس سنوات طبقاً للمادة ٢١١/٢٧٥ مدنى للأسباب الآتية :

(١) إن حق المستحق فى اجرة الوقف قبل النظر لا يقرر له إلا اذا استلم الناظر الاجرة من المستأجر لا عند نهاية السنة وهذا على خلاف الديون المنوه عنها بالمادة ٢٧٥/٢١١ إذ تشتمل ذمة المدين فيها بمجرد تقاد القصد عليها . وأما دين الاستحقاق فى الوقف قبل النظر فلا ينقصد فى ذمة الناظر الا بالاستلام ولا ينصرف

(١) استئناف ٢٤ فبراير سنة ١٩٠٤ ، م ر ٨٠١ ص ١٩٤ ، رقم ٨٩

الحساب السنوي الى غير مجرد الحساب ومعرفة ما تحصل وما لم يتحصل - ٢) ان دين الاستحقاق غير معين ومحدد بين المستحق والتاظر وانما التعيين فيه يرجع الى التاظر مع المستأجر فاذا تم عقد الايجار تعين نصيب المستحق . وشرط التعيين في المبلغ هو ذلك الشرط الذي اشترطه القضاء الفرنسي وأنكره عليه الفقه الفرنسي باعتبار أنه شرط لم تنص عليه المادة ٢٢١٢ مدني فرنسي للقابلة للمادة ٢١١/٢٧٥ مدني مصري . ولكن نلاحظ بأنه وان كانت المادة لم تنص عليه إلا أنه مستفاد من الدبون التي ذكرها القانون أولاً في صدر المادة المذكورة - ٣) إن تعيين أجل لدفع الدين سواء كان الاجل سنة أو أقل من سنة كأن كان الاجل مشاهرة فانه لا يكفي وحده في الاخذ بالمادة ٢١١/٢٧٥ مدني بل لا بد من تعيين المبلغ من قبل تعييناً ثانياً للجهة . فالمستحق سنوياً أو شهرياً عند وزارة الاوقاف لا يسقط حقه بالمطالبة بمضى ٥ سنوات بل بمضى ١٥ سنة (استئناف ٢٧ يناير سنة ١٩٠٨ م ٩٠١ ص ٦٦ رقم ١١٢)

٥١٨ - ولكن القضاء المصري لم يظل مطرداً في مذهبه وفي عدم الأخذ بالمادة ٢١١/٢٥٧ في حالة الاستحقاق في الوقف بل قرر عكس ذلك وأخذ بهذه المادة أيضاً (استئناف ١٦ مايو سنة ١٨٩٩ بمجلة القضاء، ٣ ص ٣٨٦) من دون جدل ولا بحث . إذ ورد بأسباب الحكم ما يأتي . « ولكن من حيث أنها تباعا للمادة ٢١١ من القانون المدني المرتبات أو الربيع يسقط الحق فيها بمضى خمس سنوات » واستئناف ١٦ مايو سنة ١٩٠٥ م ٦٠١ ص ٢٤٤ رقم ١١٢ دون بحث ولا تمحيص أيضاً كسابقه إذ ورد بأسبابه ما يأتي : « وحيث أن أحكام المحاكم جرت على سقوط الحق في متأخر الاستحقاق في الوقف بمضى مدة خمس سنوات عملاً بالمادة ٢١١ مدني لكونه مما يستحق صرفه سنوياً » وهذا القضاء الذي أخذ بالمادة ٢١١/٢٧٥ غير مسبب بأسباب قانونية وهو على عكس القضاء الذي رفض الاخذ بها فانه عاجل المبدأ علاجاً قانونياً (١)

٥١٩ - هذا ويلحق بنظر الوقف ، الوارث الذي وضع يده على التركة

(١) ح م الاستئناف ٢٤ فبراير سنة ١٩٠٧ المذكور ولكنه لم يحط بمشروعية المادة ولم يصر الى ضرورة توافر شرطى التعيين في المبلغ أولاً وتعيين الاجل ثانياً

برضاء شركائه الورثة ، وذلك من حيث سقوط حقه في المطالبة بالانصبه السنوية بمضى ١٥ سنة لا بمضى خمس سنوات . ويرجع في تعليل هذا الرأي الى نفس التعليل الذى أوردناه بشأن الاستحقاق فى الوقف . لان ذمة الوارث لا تشتغل بالمبلغ الا بعد قبضه ولا تشتغل من تاريخ آخر السنة أي سنة الاستحقاق . ولأن المبلغ لم يكن معيناً من قبل وقت التراضى على جعل الوارث مديراً للتركة ، بل تعيينه يأتى فيما بعد ولأن الوارث هذا لم يخرج عن كونه وكيلًا عن بقية الورثة ، وحقوق الوكالة لا تسقط إلا بمضى ١٥ سنة لا خمس سنوات ، ولا عبرة بالاتفاق على المحاسبة السنوية ^(١)

المسئلة الثانية « ربيع الارض المقتنصة »

٥٢٠ - واضع اليد على المقار للملوك للغير اما أن يكون حسن النية واما أن يكون سئى النية فاذا كان حسن النية تملك الثمرة ولا يلزم بردها لصاحبها أخذاً بالقاعدة المعروفة « إن واضع اليد حسن النية يملك الثمرة » ^(٢) وظروف النية كثيرة وأظهرها عملاً شراء المشتري بسبب صحيح وبحسن نية من غير مالك وأما سئى النية وهو المقتصب بالمعنى الصحيح وهو من يضع يده على المقار وهو يعلم أنه غير مملوك له (ويلحق به حسن النية من تاريخ رفع دعوى الاستحقاق ضده) فإنه لا يملك الثمرة بل تعتبر ملكاً للمالك الحقيقى ^(٣) هذه الثمرة هى ربيع الارض مدة الاغتصاب ويشبه الربيع الايجار من حيث المواعيد فى المطالبة . ويختلف عنه من حيث أنه غير مقدر القيمة من قبل بين المالك الحقيقى والمقتصب . ونظراً لهذا الشبه وهذا الخلف اختلف القضاء للمصرى فى أمر للتقادم فيه . اذ تارة يلحقه بالايجار فيجري عليه أحكام المادة ٢١١ / ٢٧٥ مدنى من حيث ذواله واقضاء الالتزام به

(١) انظر عكس ذلك استئناف ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية سنة ١٩٢٠ ص ٧ رقم ٤٣

(٢) le possesseur de bonne foi fait les fruits siens .. استئناف م ٨ مايو سنة

١٩١٧ م ت ق ، ٢٩ ، ٤٠٠ (٣) verus dominus

بعد مضي خمس سنوات ^(١) وطوراً لا يلحقه به ويعتبره خارجاً عن الديون المستحقة في آجال معينة ومقدرة من قبل ^(٢)

٥٢١ - وحجة المذهب القائل بالاخذ بالمادة ٢١١/٢٧٥ مدني هي أن التقادم المنصوص عنه بالمادة ٢١١ من القانون المدني مبني على تقصير الدائن ^(٣) من جهة ورغبة الشارع في عدم خراب المدين من جهة أخرى وليس مبنياً على افتراض حصول دفع الدين السابق ^(٤) ولكن هذا المذهب لم يشر الى ضرورة توافر الشرطين اخصاً أولهما بتعيين المبلغ وثانيهما بتحديد الاجل بل اكتفى ببيان المسوغ الثاني أي العلة التشريعية للمادة . ولا يكفي المسوغ القانوني في تعليل هذا الرأي بل يجب بيان الشروط التي بدونها لا تقوم للتعليل قائمة .

٥٢٢ - وأما المذهب الثاني القائل بعدم الاخذ بالتقادم الحتمي وضرورة الاخذ بالتقادم لمدة ١٥ سنة فإنه لم يعلله بطلما اذ قرر بأنه : « فبا يتعلق بمضي المدة فالمادة ٢١١ من القانون المدني لا تسري على من يضم يده على الدين بسوء النية . » والذي نراه أن المذهب الثاني هو الاصح . انما يجب تعليله بنفس العلل القانونية التي علل بها القضاء الفرنسي وهي الشروط التي يجب توافرها في الدين الذي يسقط بمضي خمس سنوات بحكم المادة ٢١١/٢٧٥ مدني . هذه الشروط ليست متوافرة في حالة الريع ، وذلك :

- (١) لان الدين لم يتعين أولاً بين الدائن والمدين
- (٢) لان الاجل لم يتجدد أيضاً بينهما . وعدم امكان تعيين الدين وتحديد الاجل آت من أن الطرفين يجعلان بعضها البعض
- (٣) أن القاصب سيء النية فهو ليس جديراً بالحماية التي أراد أن يقرها له المذهب الاول عند ذكره للتعليل القانوني . لان القاصب يقدم على اجراء عمل يعلم أنه غير مشروع فلا يصح أن يستفيد بما يستفيد حسن النية

(١) استئناف ٢٢ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ١ ر ١٢٠ ص ٩٣ رقم ٥٠ (٢) استئناف ٢٧ مارس سنة ١٩١٢ م ١ ر ١٣ ص ١٨٧ رقم ٩٢ - استئناف ٢٠ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٣٠ ر ٩٥ - ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٤٣٠٣٥٠٩٢٢
(٣) حكم ٢٢ ديسمبر سنة ١٩١٠ المذكور

§ ٢ - في التقادم المسقط

بمدة ٣٦٠ يوما

٥٢٣ - أن المسوخ القانوني لسقوط بعض الديون بمدة ٣٦٠ يوما ليس المسوخ الذي لوحظ في سقوط الديون السابقة بمضى خمس سنوات بل المسوخ هنا هو أن الشارع يفترض حصول الوفاء^(١) وتجري العادة على أن هذه الديون، وهي الواردة بالمادتين ٢٠٩/٢٧٣ مدني و ٢١٠/٢٧٤ مدني لا تثبت بالكتابة أي أن الوفاء بها يحصل في وقت قصير ولا يعطى بالوفاء ايصال. لذا رأى الشارع أن يعمل في تشريعه بشأن هذه الديون بما لا يتعارض مع العرف الجاري والعادة التي اعتادها الناس أي أنه اعتمد في تقرير السقوط فيها الى مضنة الوفاء. ولكن يحصل أن هذه الغنة لا تعادف مكنتها من الحقيقة والواقع، إذ يجوز أن الدين لم يدفع للدائن لذا احتاط الشارع وقرر ضرورة تخليف المدين اليمين على حصول الوفاء فعلا

وقالت في ذلك المادة ٢١٢/٢٧٦ مدني و ٢٢٧٣ فرنسي ما يأتي: « في حالة ما اذا كانت المدة المقررة لسقوط الحق ثلاثمائة وستين يوما فأقل لا تبرا ذمة من يدعي التخلص بمضى المدة الا بعد حلفه اليمين على أنه أدى حقيقة ما كان في ذمته. »
 فإذا حلفها تأيدت وقضت قرينة الوفاء. أما اذا أبي فقد اعتبر ذلك اعترافا بان الوفاء لم يحصل ولذا يلزمه دفع الدين^(٢)

وهذا بعكس التقادم العادي بمضى ١٥ سنة فإنه لما كان الاساس فيه هو النظام العام والمصلحة العامة فالقانون يحمي المدين حتى لو ثبت أن الدين لم ينع فعلا وفي الواقع.

٥٢٤ - والديون التي تسقط بمضى ٣٦٠ يوما مع شرط الحلف هي الديون التي عينتها على سبيل التحديد بالمادتان ٢٠٩/٢٧٢ مدني و ٢٢٧١ فرنسي و ٢١٠/٢٧٣ مدني و ٢٢٧٢ و ٢٢٧٣ فرنسي بالتحديد وهي:

(١) ١٨ مارس سنة ١٩٠٩، ٢٥٧، ٢١٠ (٢) استئناف ١٨ مارس سنة ١٩٠٧، ٩٠٧

- (١) أتعاب المحامين والاطباء والمهندسين^(١)
 (٢) ثمن ما يورده التجار^(٢) للأفراد . أما ما يورده التجار للتجار^(٣) فإنه يسقط بلادة المادة^(٤)
 (٣) المبالغ المطلوبة للمربين من الدروس التي يلقونها على تلاميذهم^(٥)
 (٤) أجره الخدمة^(٦)

هذه الديون تسقط بمضى ٣٦٠ يوماً حتى ولو تهرت ديون أخرى من نوعها أثناء هذه المدة وقد نصت المادة ٢٠٩/٢٧٢ مدني على ذلك بالفاظ الآتية « والمبالغ المستحقة للاطباء والمحامين والمهندسين أجره سعيهم وللابة أتعاف المبيعات لغير التجار مطلقاً ولم فيما عدا ما يتعلق بتجارهم ولزودبي الاطفال والمطعمين تلاميذهم وللخدمة ماهية لم تزل بمضى ثلاثمائة وستين يوماً ولو استحققت ديون جديدة من قبيل ما ذكر في ظرف الثلاثمائة والستين يوماً المذكورة »

(٥) المبالغ المستحقة للحضرين وكتبة المحاكم من رسوم أوراق اعتباراً من تاريخ انتهاء المرافعة في الدعوى التي تحورت بشأنها الاوراق المذكورة أو من تاريخ تحديدها اذا لم تحصل المرافعة (المادة ٢١٠/٢٧٤ مدني) أما الرسوم المحكوم بها لاحد طرفي الخصوم قبل الآخر فلا تسقط الا بنسبة ١٥ ٪^(١)

المميز في التقادم عدة ٣٦٠ يوماً

٥٢٥ — رأينا أن القانون اشترط التبين لصحة الاخذ بالتقادم . فإذا حلفها المدين سقط الدين عنه لانه يحلف به دفع الدين حقيقة . وأما اذا لم يحلف اعتبر ذلك اعترافاً بشتغال ذمته بالدين هنا فيما اذا كان المدين حياً برزق . أما اذا مات فإن القانون قرر في المادة ٢١٣/٢٧٧ مدني أنه يجب على الارامل ولورثة والاوصياء ان يحلفوا اليمين بانهم لا يعلمون بان الدين لا زال مستحقاً . وتسمى هذه اليمين بيمين العلم^(٨)

(١) honoraires (٢) fournitures (٣) marchands à des commerçants (٤) دي
 طلس ج ٣ ص ٣٧٦ ن ١٩٢ - راجع النص فرنسي البارة للمادة ٢٠٩ وقارنه بالنص العربي
 (٥) instituteurs et professeurs (٦) gages des domestiques (٧) حكم استثنائي
 ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٢١٠١ ص ٧٤ رقم ٤٦ (٨) serment de crédibilité

٥٢٧ - ملاحظة هام : قلنا في المسوغ القانوني في سقوط هذه الديون بمضي مدة ٣٦٠ يوماً أن الشارع راعى فيها العرف والمادة التي سار عليها الناس في معاملاتهم. ذلك أنهم في الغالب لا يثبتون هذه الديون بالكتابة فيما بينهم وانه نظراً لذلك افترض الشارع افتراضاً رجع فيه أيضاً إلى العادة وهو أن الوفاء بهذه الديون يحصل بعد انقضاء بوقت قريب جداً . فسرعة الوفاء نتيجة لعدم اثبات الدين بالكتابة . وعلى ذلك فالأصل في مشروعية السقوط بمضي ٣٦٠ يوماً هو عدم وجود سند كتابي بهذه الديون لذا تتغير الحال ويزول التعليل القانوني للمادة ٢١١/٢٧٥ مدني و ٢٢٧٧ فرنسي كما أثبتت هذه الديون بالكتابة أي أنها لا تسقط في هذه الحالة بمضي ٣٦٠ يوماً بل تسقط بمضي المدة العادية القانونية لسقوط الحقوق وهي ١٥ سنة ^(١)

§ ٣ - التقادم المسقط بعدد أخرى

٥٢٨ - هناك نوع آخر من التقادم المسقط يرجع في تعليل المسوغ القانوني له إلى مظنة الوفاء أي إلى افتراض الدفع من قبل المدين . هذا التقادم الآخر هو مدة خمس السنوات التي قررتها المادة ١٩٤/٢٠١ تجاري و ١٨٩ فرنسي عن جميع الدعاوى المتعلقة بالكبيالات ^(٢) والسندات تحت الاذن ^(٣) الممضاة من التجار أو الخاصة بأعمال تجارية . وعلى ذلك يجوز لحامل هذه الاوراق توجيه اليمين إلى المدين فيما إذا دفع هذا الأخير الدعوى بالمدة المسقطة ^(٤)

وهناك مدد أخرى صغيرة خاصة بسقوط بعض الحقوق . منها دعوي المسؤولية عن المهندس المعاري ^(٥) والمقاول ^(٦) تسقط بمضي عشر سنوات (المادة ٥٠٩/٥٠٠ مدني ١٧٩٢ و ٢٢٧٠ فرنسي) وتسقط الدعوى المدنية الناشئة عن جنائية بمضي عشر سنوات (المادة ٢٧١/٢٧٤ تحقيق جنابات و ٢ و ٦٢٧ فرنسي) وهناك رأي مخالف لهذا الرأي يقول بالتقادم الطويل أي ١٥ سنة وله أدلة قوية سيأتي ذكرها في نظرية المسؤولية

(١) جزئي ١٦ ديسمبر ١٩٢٣ م و ٢٤، ١٠ من ١٧١ عدد ١٠٠ (١) lettres de change

(٢) billets à ordre (٤) د ١٠٠، ١٠٩، ٥٥٩، س ١٠٩٠١، ٢٨٠

(٥) architecte (٦) entrepreneur

ويسقط الحق بمطالبة المحامين بالأوراق الودعة لديهم بمضى خمس سنوات^(١) وذلك لان المحامين مأمورون بالقانون وبالمادة ٢٥ من اللائحة المذكورة برد الأوراق الى أصحابها عند انتهاء التوكيل . وليس لهم حق حبسها لديهم فناء لما يستحقونه من أتعاب وخلافها . اتما لهم أن يأخذوا صورة منها بمصاريف على حساب موكلهم ويسقط الحق بمضى خمس سنوات فيما يتعلق بالدعوى التي يجوز رفعها على الشركاء في الشركات وغير الأمورين بنصفية الشركة أو على القائمين مقامهم (المادة ٦٥ / ٧١ تجارى و٦٤ فرنسى)

ويسقط الحق المدنى الناشئ عن جنحة بمضى ثلاث سنوات (المادة ٢٧٩ / ٢٧٤ تحقيق جنابات ٢ و ٦٣٨ فرنسى) وهناك رأى آخر كما قررنا فى حالة الجنابة ويسقط الحق بمضى سنتين عند حصول غيب^(٢) فى بيع عقار القاصر (المواد ٣٣٦ - ٣٣٧ / ٤١٩ - ٤٢٠ مدنى و١٦٧٤ - ١٦٧٦ فرنسى) وشروط قبول الدعوى هى أن يكون البائع قاصراً^(٣) وأن يكون الغيب زائداً عن خمس الثمن الحقيقى وأن يكون المبيع عقاراً وأن ترفع الدعوى بتكاملة الثمن . وأن ترفع فى ظرف سنتين من تاريخ البلوغ^(٤) أو من تاريخ الوفاة اذا رفعها الورثة . وعلى ذلك فالدعوى غير جائزة اذا كان البائع بالغاً بلغ الغيب ما بلغ ولا تقبل من المشتري ولا يجوز لغير القاصر رفعها . ولا يطلب فيها الفسخ . وهذا بخلاف القانون الفرنسى اذ يبيح دعوى الفسخ لكل بائع قاصراً أو بالغاً اذا زاد الغيب عن ٢ من الثمن الحقيقى

ويسقط التعويض المدنى الناشئ عن مخالفة بمضى ستة شهور (المادة ٢٧٩ / ٢٧٤ تحقيق جنابات ٢ و ٦٣٨ فرنسى) والخلاف فيه كما مر فى الجنابة والجنحة وتسقط دعوى الضمان بالنسبة للميوب الخفية^(٥) فى المبيع بمضى ثمانية أيام من تاريخ العلم بها (للمادة ٣٢٤ / ٤٠٢ مدنى) - ولم يقرر القانون الفرنسى فيما يتعلق بهذه

(١) المادة ٥٣ من لائحة الاجراءات الداخلية لمحاكم الاهلية الصادرة فى ١٤ فبراير سنة ١٨٨٤ . ويلاحظ ان لائحة الاجراءات الداخلية هذه هى غير لائحة ترتيب المحاكم الصادرة فى ١٤ يونيو سنة ١٨٨٣ وغير لائحة الاحكام الوقفية لتنفيذ لائحة ترتيب المحاكم الاهلية الصادرة فى ٢٧ يناير سنة ١٨٨٤ (٢) lésion (٣) mineur (٤) majorité (٥) vice caché

العيوب الفاسخة ^(١) مدة معينة لرفع الدعوى بل رجع في ذلك الى عرف الجهات وطبيعة العيوب (المادة ١٦٤٨ مدني فرنسي)

مما صر يتيين أن الموضع القانوني لهذه المدة القصيرة لم يكن مظنة الوفاء بل يرجع ذلك لاعتبارات خاصة بكل نوع على حدة ولذا لا يجوز فيها مطلقاً توجيه التمييز اذا دفع فيها للمدين بمضى المدة

و — في تعديل مدة التقادم بالزيادة

أو بالنقص برضاء الماقدنين

٥٢٩ — قررت المادة ٨٠ فقرة أولى / ١٠٨ مدني و ٢٢٢٠ فرنسي بأنه لا يجوز التنازل عن التقادم سلفاً أو « لا يجوز ترك الحق في التملك بمضى المدة الطويلة قبل حصوله » كما تقول المادة ٨٠ المذكورة . وهذا الحظر نتيجة اعتبار التقادم خاصاً بالنظام العام . والا فانه اذا صح التنازل عن التمسك بمضى المدة وقت التعاقد على الالتزامات بين الافراد أصبح هذا التقادم ولا أثر له في القانون البتة اذ لا يتردد الدائنون أن يكرهوا مدينهم على قبول هذا الشرط وتدوينه بالعقود والا أحجموا عن أمداه بما يطلب .

ولا يتمشى حظر التنازل على التقادم العام الموقوف بمدة ١٥ سنة بل يتمشى أيضاً على التقادم الذي يرجع فيه الى افتراض الوفاء ومظنة الدفع من جانب المدين أى الى التقادم بمضى ٣٩٠ يوماً الخاص بانصاب الاطباء والمحامين وغيرهم مما ذكره بالمواد ٢٠٩ - ٢١٠ / ٢٧٣ - ٢٧٥ مدني و ٢٢٧١ - ٢٢٧٣ فرنسي وذلك لان مبدأ النظام العام قد لوحظ أيضاً في هذا التقادم حيث أريد به العمل على تقليل القضايا الخاصة بهذه الديون القصيرة الاجل

ولنفس هذه الاعتبارات المتقدمة يمكن القول أيضاً بأنه لا يجوز الاتفاق على اطالة أجل مدد التقادم المقررة بالقانون ولو أن اتفانوا لم ينص على هذا الحظر الخاص باطالة مدد التقادم الا انه مستفاد مع ذلك من نص المادة ٨٠ فقرة أولى / ١٠٨ مدني و ٢٢٢٠

فرنسي لانه لو أبيحت الاطالة لترتب على ذلك مضايقة المدين وحرمانه من الانتفاع
بميزة الدفع بالتقادم المسقط اذا حصل الاتفاق على مدة طويلة جداً^(١) وعلى ذلك نرى
انه لا يجوز الاتفاق على جعل التقادم بالحساب الشمسي دون الحساب الهلالي لان
الاول أطول من الثاني

هذا ويلاحظ أن هذا الحظر التشريعي^(٢) لا يؤخذ به الا اذا اتفق العاقدان
على ما يخالفه وقت انعقاد العقد بينهما وعلى ذلك ليس هناك من بأس على العاقدين
فيما اذا تراضيا على ايقاف سريان مدة التقادم مؤقتاً حتى يتم الفصل في أمر يرتبط بأصل
الدين وتقريره . اذ لا غبار على هذا التراضي وليس فيه ما يتعارض مع المصلحة العامة
والنظام العام ويجب اقرار العاقدين عليه ما دام أن بينهما منصرفة الى تمحيص حق
الدائن بما فيه مصلحة حماية للمدين وللعادل بوجه عام^(٣)
هذا فيما يتعلق بالتنازل مطلقاً عن التمسك بمضي المدة وباطالة تلك الاطالة التي لم تخرج
عن كونها صورة من التنازل

٥٣٠ — وما القول بشأن تقصير مدة التقادم ؟ هل يجوز للأفراد الاتفاق على
جعل مدة التقادم أقصر من المدة القانونية ؟ اتفق القضاء والفقهاء على هذا الجواز والسبب
فيه يرجع الى ان في تقصير الاجل مصلحة للمدين في تسهيل سبيل الوفاء عليه . وعلى
ذلك فليس فيه ما يمس النظام ويلحق بالمصلحة العامة أى ضرر وهذا ما يحصل
عادة في العقود المسماة « عقود الانضمام »^(٤) وهي تلك العقود التي يقوم فيها أحد
العاقدين بدور هام ويتحكم بالنص على شروطه في المقد كما يأمر القانون بنصوصه وذلك
نظراً لما هو عليه من السلطات والقوة من الوجهة الاقتصادية وهو ما تفعله شركات
التأمين في النص على شرط بعقد التأمين^(٥) يقضى بتقصير المدة التي يجب فيها على

(١) ١٧ فبراير سنة ١٩٠٥ ، ١٧ ، ١٢٤٠ — قرن ٥ فبراير سنة ١٩١٩ ، ٣١ ، ١٥٢

أنظر مع ذلك حكم مجلس الحكومة بباريس Conseil d'Etat ، ٨٢ ، ٣ ، ١١٩٠٣٠ — س. ٨٢٠

٣٤ ، ٣ prohibition légale (٢) محكمة النقض ببلجيكا ، ١٦٩٠٢٠٩٦٠ د ، ١٦٩٠٢٠٩٦٠ د

س. ١٩٠٤ ، ٩٥٠ — قرن ٥ د ١٠٨٠٢٠٦٨ — س. ١٠٦٠٢٠٧١٠

police (٥) contrats d'adhésion (٤) —

المؤمن له ^(١) أن يطالب الشركة بمبلغ التعويض ^(٢) المنصوص عنه بالعقد فيما اذا وقع الحادث ^(٣) واستحق المبلغ . وجرت عادة هذه الشركات أن تجعل مدة المطالبة ستة شهور أو سنة عند حصول حريق وتبدىء المدة من تاريخ حصول الحريق أو من وقت الانتهاء من حصول الاجراءات القضائية أو أن تجعل المدة سنة وأحياناً ثلاثة أشهر في حالة التأمين على الحياة ^(٤) وتنص شركات النقل عادة على قصر مدة التناغم وجعلها أقل من المدة المقررة بالمادة ١٠٤/١٠٨ تجارى و١٠٨ فرنسى أى سنة أو ١٨٠ يوماً .

٥٣١ - هذا وقد لوحظ أن هناك شيئاً من الفوضى في اطلاق الحرية للعاقدين في تقدير آجال التناغم وقد آن للشارعين أن يتدخلوا في وضع حد لهذا الاطلاق ^(٥)

هـ . - متى يتبدىء سريان المدة ؟ ^(٦)

٥٣٢ - يتبدىء سريان المدة من وقت استحقاق الالتزام أى من الوقت الذى يستطيع فيه الدائن مقاضاة مدينه . وما دام ان وقت الاستحقاق لم يحن بعد فلا يسقط الدين بالمدة مهما طال ^(٧) ويترتب على ذلك ما يأتى :

(١) لا تسقط الحقوق الاحتمالية ^(٨) الا اذا تحقق شرط الاحتمال وطالما أن الاحتمال قائم فلا يسقط الحق . فالحق في مطالبة الموثق مثلاً بتعويض ، نظير اهماله في شرط من شروط صحة العقد يرجع الى اختصاصه المحض يعتبر موقوفاً حتى يحكم من جانب القضاء بإعلان العقد ^(٩)

(٢) اذا تفاق الالتزام على شرط توقيفى فلا يتبدىء مدة التناغم الا من وقت تحقق الشرط ، لانه بتحقيق الشرط يظهر الالتزام في عالم الوجود (المادة ٢٢٥٧ قرة

(١) assuré (٢) indemnité (٣) sinistre (٤) assurance sur la vie (٥) د ٢٤١٠١٠٩٦٠ - س ١١٣٠١٠٩٦٠ ومقال « ليون كان Lyon Caën » - كاتان من ١٣٨ (٦) بلانيول من ٢٠٨ ن ٦٥٠ وما بعدها . كاتان من ١٣٨ وما بعدها (٧) ويتبدىء سقوط الحق بالمطالبة بسند لم يبين فيه ميعاد للدفع ، من تاريخ السند بالذات ٧ مارس سنة ٩٠١ ، ١٨١٠١٣ - د ٢٧ - ٨٤٠ - ٦ ديسمبر سنة ١٠٧٠ ٣٠٠٩٠٧ (٨) droits éventuels (٩) س ٤٩٠٩٠٩٠٨٠

أولى فرنسي) وعلى ذلك لا تسقط دعوى الضمان عن المشتري قبل البائع الا من تاريخ الحكم باستحقاق للبيع للغير^(١) أو من تاريخ التعرض للمشتري (٣) والالتزامات الموقوفة على أجل لا تسقط الا من تاريخ حلول الاجل (المادة ٢٢٥٧ فقرة ٣ فرنسي) ويجب الاخذ بهذه القاعدة في حالة الفوائد التي تسقط بمضى خمس سنوات بمقتضى المادة ٢١١/٢٧٥ مدني و ٢٢٧٧ فرنسي إذ لا تستحق الفوائد ولا تعتبر ديناً في ذمة المدين الا عند انتهاء المدة المقررة سنة أو بعض السنة

وقد نصت المادة ٢١٠/٢٧٤ مدني على أن المبالغ المستحقة للمحضرين وكتبة المحاكم تسقط من تاريخ انتهاء الرافعة أو من تاريخ تحريرها . ولم ينص القانون في المادة ٢٠٩/٢٧٣ على الوقت الذي يتبدى فيه السقوط بشأن اتعاب الاطباء والمحامين ولكن القهوم أن اتعاب لا تسقط الا من تاريخ استحقاقها وهي لا تستحق إلا عند الانتهاء من التوكيل أو انتهاء الطبيب من عمله فلا يسقط حق الطبيب في اتعابه طالما أنه يعالج مريضه لا من تاريخ الانتهاء من كل مرة يحضر فيها للمعالجة . لأنه يحصل كثيراً أن الطبيب لا يتناول أجراً على كل مرة يرى فيها مريضه بل يرجىء ذلك الى نهاية المعالجة إذ المطالبه بالأجر عن كل مرة أمر متعذر الوقوع أدنيا ولذا يمكن اعتبار ذلك استحالة أدبية^(٢)

وتسقط أجرة الخدمة من تاريخ استحقاقها أي عند انتهاء ادة المتفق عليها للدفع . وكذلك بالنسبة لمبيعات التجار الواردة بالمادة ٢٠٩/٢٧٢ مدني فإن كل قيمة يسقط منها من تاريخ حصول البيع ، إلا اذا كان من عادة المشتري أن يدفع الثمن في نهاية كل شهر أو كل أسبوع فإن سقوط اثنى لا يتبدى إلا من تاريخ نهاية الشهر أو الاسبوع

(٤) ويتبدى سقوط الالتزام بالامتناع من تاريخ وقوع المخالفة أي من تاريخ العمل على ما يخالف الامتناع

(١) éviction المادة ٢٢٥٧ فقرة ٢ فرنسي . - استئناف ٢٠ مارس سنة ١٩١٧ ١٨٠

ص ١١٨ رقم ٦٨ (٢) ١٩٩٠ د ٢٠ ٣٧١ - س ١٩٩٠ د ٢٠ ١٠١

٥٣٣ - وموجز ما تقدم أن سقوط الحق لا يتبدى قط من تاريخ وجود الحق بل ومن تاريخ امكان المطالبة به^(١) أى أن الدعوى التي لم تولد بعد لا تسقط بمضى للمدة . وبناء على هذه القاعدة الدقيقة يقرر القضاء دائماً بأنه اذا وجد الدائن في حالة استحالة تمنعه من العمل على تحصيل دينه من طريق القضاء فإن المدة المسقطه لا تبدى في سريانها عليه سواء كانت الاستحالة راجعة الى مانع أم محذور قال به القانون أم اتفق عليه طرفا العقد أم نشأ عن ظروف قهرية أو جبرية^(٢) وسواء كان المحذور مادياً أم أدبياً . وعلى ذلك لا يسرى التقادم المسقط على الزوجين لوجود الحائل الأدبي بينهما وهو الوثام في الزوجية^(٣) كما أنه لا يسرى على موظف الحكومة طالما أنه في خدمتها^(٤) . وكل ذلك تأييد للقاعدة القائلة بأن المدة المسقطه لا تسرى على من لم يستطع العمل^(٥)

٥٣٤ - ومن الواضع التي تحول دون سقوط الدين بالتقادم بقاء العقار الموهون تحت يد المدين المرتهن^(٦)

و - في ايقاف سريان مدة التقادم

٥٣٥ - ان الاسباب في ايقاف المدة المسقطه هي بعينها التي وردت عن ايقاف للمدة المكتسبة . إنما الذي نلاحظه هنا هو أن ايقاف التقادم الحسى أى التقادم بمضى خمس سنوات المقرر بالمادة ٢١١/٢٧٥ مدنى والتقادم بمضى ٣٦٠ يوماً يسرى أيضاً على الدائنين مفقودى الاهلية (المادة ٢٢٧٨ مدنى فرنسى) وهذا ما قل به بوتيه قبل من القانون الفرنسى سنة ١٨٠٤ . وهو ما يؤخذ به أيضاً فى القانون المصرى رغم عدم النص عليه نصاً صريحاً

(١) *actioni non natae non praescribitur* وعلى ذلك لا تسقط دعوى تقدم الحساب بين الفضولى ورب العمل الا من يوم انتهاء العمل : ٢٣ مايو سنة ٣٠٦٠٩٤ (٢) د ٧٠٠ ، ٣٠٩٠١٠ - س ١٠٧١٠ ، ١٣٧٠ (٣) جزئى أول يوليو سنة ٩١٨ م ٩٠٠ ، ١٢ ص ١٠ (٤) استئناف ٢٤ ديسمبر سنة ٩٠٥ استئناف ج ٥ ص ١٣٠ (٥) *contra non valentem agere non curit praescriptio* (٦) استئناف ٦ يناير سنة ٩٢٠ م ٢١٠ ، ١٠٦ عدد ٦٥ - حكم كللى ٥ مايو سنة ٩١٧ م ١٨ ، ١٠ ص ١٦١ عدد ٩١

٥٣٦ - ولكن ألا يلاحظ أنه كان الاجدر بالشارع حماية مقتودى الاهلية في حالة التقادم بمضى خمس سنوات وبمضى ٣٦٠ يوماً وهذا من باب أولى مادام أنه قرر حمايتهم بشأن المدد الاطول من ذلك ؟ ألم نر أن الشارع قرر حمايتهم ضد سرعان المدة المكتسبة عن ١٥ سنة أو ٥ سنوات (المادة ٨٤ و ٨٥ / ١١٣ و ١١٤ مدني) في حالة اكتساب الحقوق وقرر أيضاً حمايتهم ضد سرعان المدة المسقط في حالة زوال الحقوق ؟ (لان المادة ٢٠٥ / ٢٦٩ مدني قررت في باب التقادم المسقط ضرورة الاخذ بالمبادئ المقررة في حالة قطع وإيقاف المدة في باب التقادم المكسب - وقد اهلية هو من أسباب إيقاف سرعان المدة) فإذا كان كذلك فلماذا لم يحمم الشارع أيضاً في حالة مدة خمس السنوات الواردة بالمادة ٢١١ / ٢٧٥ مدني وفي حالة مدة ٣٦٠ يوماً الواردة بالمادتين ٢٠٩ و ٢١٠ / ٢٧٣ و ٢٧٤ مدني ؟

السبب في ذلك أن القروض في التقادم بمدة ٣٦٠ يوماً هو الوفاء من قبل المدين واقتراض الوفاء صحيح مهما كانت الصفة التي قامت بالدائن سواء كان بالغاً أو مفقود الاهلية قاصراً كان أو محجوراً عليه لفسه أوعته . وعلى ذلك اذا قيل بأنه كان من الواجب منطقياً حماية مقتود الاهلية في حالة التقادم بخمس سنوات أو أقل بعد أن قررت حمايته في حالة ١٥ سنة ، فإنه ما يتعارض مع المنطق ولا يرضى به العقل عدم الاخذ باقتراض الوفاء إذا كان الدائن قاصراً . هذا بالنسبة للتقادم المسقط بمضى ٣٦٠ يوماً . وأما التقادم المسقط بمضى ٥ سنوات وهو المنو عنه بالمادة ٢١١ / ٢٧٥ مدني فإن مشروعيته في حماية المدين حتى لا يثقل ظهره بتراكم الدين وتجمده . وتقضى الضرورة هنا تحمياً بوجوب رعاية المدين وحمايته مهما قام بالدائن من الصفات المختلفة ^(١)

هذا هو التعليل القانوني في سرعان التقادم بمضى مدة خمس سنوات ومدة ٣٦٠ يوماً على مقتودى الاهلية . وهو ذلك التعليل الذي اراده الشارع المصري ، ولذا لم يدعيا الى النص عليه لان المسوغ القانوني للتقادم المسقط بمضى خمس سنوات وبمضى ٣٦٠ يوماً هو نفس المسوغ القانوني للعواد الفرنسية المقابلة لها

٥٣٧ - ولكن قد يمكن تعليل عدم النص صراحة بما سبق للشارع أن نص

عليه . اذ ربما يقال بان الشارع قرر في باب التقادم المكسب ان التقادم بمضى ١٥ سنة لا يسرى على مفقودى الاهلية (المادة ١٠٨/٨٤ مدنى) ثم قرأ أيضا بان التقادم المكسب لا يسرى على مفقود الاهلية اذا كانت مدته أكثر من خمس سنوات (المادة ١١٤/٨٥ مدنى) أى ان فقد الاهلية سبب لايقافسريان المدة . وبما أن القانون قرر في باب التقادم المسقط بانه يرجع فيه في مسائل القطع والايقاف الى ماسبق تقريره في التقادم المكسب (المادة ٢٥/٢٦٩ مدنى) فيجب على ذلك أن يقال بان التقادم المسقط الذى يزيد عن خمس سنوات لا يسرى هو الآخر ضد مفقودى الاهلية أخذاً بالمادة ١١٤/٨٥ مدنى . أى ان الذى يسرى عليهم هو التقادم المسقط بمضى خمس سنوات فأقل . وعلى ذلك يجب الرجوع في تعليل مريان المواد ٢٠٩ و ٢١٠ و ٢١١ و ٢٧٣ و ٢٧٤ و ٢٧٥ مدنى على مفقودى الاهلية الى المادة ٨٥/١٤ مدنى

٥٣٨ - أنا لا نوافق على هذا التعليل التشريعى الذى لمح اليه دى هلس^(١) بكلمة واحدة^(٢) دون أن يبين تفاصيل التعليل الذى أوردناه نحن هنا . ذلك لاننا قلنا في تفسير المادة ٨٥/١١٤ مدنى أنها تتناول أيضا التقادم المكسب بمضى خمس سنوات وقلنا بانه لا يعقل أن القانون يحرم مفقود الاهلية في ظرف ١٥ سنة ويأبى عليه حمايته في ظرف ٥ سنوات . وعلى ذلك لا يستقيم هذا التعليل التشريعى الذى قل به « دى هلس » على ما حصل الاتفاق عليه قضاء وقها في أن المادة ٨٥/١١٤ مدنى تشمل أيضا التقادم المكسب بمضى خمس سنوات وان التعليل الوحيد الذى يرجع اليه في مشروعية مريان التقادم المسقط هو ذلك التعليل الذى أوردناه عند ذكر الموضع القانونى للمواد ٢٠٩ و ٢١٠ و ٢١١ و ٢٧٣ و ٢٧٤ و ٢٧٥ مدنى

٢ - في قطع التقادم

٥٣٩ - القطع في التقادم المسقط يحصل اما بالمقاضاة من جانب الدائن أو بالاقرار بالدين من جانب المدين

(١) ج ٣ ص ٣٧٢ ن ١٧٩ و ص ٣٢٦ ن ٥٦ (٢) وهى de plus الواردة بالمادة ٨٥/١١٤ مدنى

٥٤٠- (١) مقاضاة الزائس للمعدين: يحصل قطع التقادم اذا كان الدائن حاملا لسند تنفيذي وأجرى تنبيهه بالوفاء (المادة ٨٢ / ١٠ مدني و ٢٢٤٤ فرنسي). أو أوقع حجزاً على الدين (المادة ٢٢٤٤ فرنسي) ولم تنص المادة المصرية على أن المحجز يقطع التقادم ومع ذلك فقد حكمت بعض المحاكم المصرية بأن المحجز قاطع للتقادم - ويقطع التقادم بتوقيع المحجز على النقولات ^(١) أو المحجز على ما للمدين تحت يد الغير ^(٢) سواء كان حجزاً تنفيذياً (استئناف ١٢ يناير سنة ١٩٥٥ م ت ق ، ٢٧ ، ١٠٩٤) أو حجزاً تحفظياً ^(٣) ومهما تنوعت صنف هذا المحجز فيما اذا كان حجزاً على منقولات المستأجر الموجودة بالمقار المؤجر ^(٤) أو المحجز الامتيازى الذى يوقعه المؤجر للاراضى الزراعية على المحصولات القائمة بالارض أو الموجودة بالاجران بناء على ما يقرره دكرينو ٧ سبتمبر سنة ١٨٨٧ وهو ما يسمى فى عرف العاملين بالمحجز الادارى ^(٥) أو حجزاً على منقولات الدين المنقول ^(٦) (المادة ٦٧٤ / ٧٦٤ مرافعات) أو حجزاً استحقاقياً ^(٧) (المادة ٦٧٨ / ٦٦٧ مرافعات)

وقطع المدة يحصل بمجرد حصول المحجز فى هذه الاحوال وساعة وقوعه لان التنبيه على المدين بالوفاء لا يكون الا اذا وجد مع الدائن سند رسمى حكماً كان أو غيره . والتنبيه وحده قاطع للمدة وأما ما يلحقه من المحجز فانه مؤيد للقطع لا منشىء له ^(٨)

(١) saisie-exécution (٢) saisie-arret (٣) وحضر التسليم الذى لم يس شخصاً ما لا يعتبر قاطعاً للتقادم : ٢ مارس سنة ١٩٢٠ ، ٣٢ ، ٢١١ - . وتقديم طلب لقم الكتاب لاجل التوزيع production dans un greffe يعتبر بمثابة حجز تحت يد الغير فهو قاطع للتقادم : ١٥ يناير سنة ١٩٢٤ ، ٣٦ ، ١٤٩ (٤) saisie-arret conservatoire (٥) saisie-gagerie (٦) المادة ٦٦٧ / ٦٧٨ مرافعات (٧) استئناف ١٧ مارس سنة ١٩١٥ ش ٢ ص ٢١٨ رقم ٢٣٢٢ - (٨) saisie-revendication (٩) ويرى الدكتور ابو هيف بك أن المحجز فى ذاته لا يقطع

التقادم فى القانون المصرى لعدم النص عليه ولكون اسباب قطع التقادم محصورة كما هو مقرر عند علماء فرنسا وفى محاكمها وأه لا يصح أن يقاس عليها غيرها من الاسباب ولذلك لا يقطع للمحجز التقادم فى نظره الا اذا كان منشا للتنبيه أو رفع الدعوى بحسب الاحوال فيكون قطع التقادم مدياً عن التنبيه أو الدعوى لا عن المحجز لذاته . راجع المناقشة التفصيلية لهذه النقط فى كتابه التنفيذ بند ٥٧٣٤ و ٥٧٣٦ وكذلك بند ٣٣١ - . ويرى الدكتور عبد الفتاح السيد بك ان قطع التقادم يحصل بالنسبة لدين الحاجز وبالنسبة أيضاً لدين المحجوز عليه ولو أن ورقة المحجز لم تصل المحجوز لديه من دائته إذ ينتب هذا الاخير قائماً مقام مدينه فى هذا العمل (تنفيذ عبد الفتاح بك ص ٢٤٨ ن ٣٢٧ حرف ا و ب)

أما اذا كان الدين غير مؤبد بسند رسمى أو بحكم رسمى فان مجرد التكليف بالوفاء أو طلب الوفاء ^(١) لا يجدى فى قطع المدة أى لا يحدث ما يحذره التنبيه المبني على سند رسمى ^(٢) . بل يجب لأجل أن يكون التكليف أو الانذار منتجا فى قطع المدة أن يكون هو ذاته عريضة الدعوى التى ترفع على المدعى عليه ^(٣) والعريضة قاطعة للدعوى سواء كانت المحكمة مختصة بنظر الدعوى أم غير مختصة ^(٤) أما الانذار الذى لا يأخذ شكل عريضة الدعوى فانه لا يقطع التقادم

وبناء على هذه القاعدة المتقدمة فى ضرورة رفع دعوى لأجل حصول قطع المدة فى التقادم يترتب ما يأتى : انه لا فائدة مطلقا من أجل احداث قطع فى المد اذا اقتصر الدائن على ما يأتى .

١ - مجرد حفظ الحق ^(٥) كما اذا ذكر المؤجر فى مخالصة أنه يحفظ لنفسه الحق فى المطالبة بأجرة خاصة بمدة سابقة : ^(٦)

٢ - ارسال خطاب عادى أو مسجل ^(٧)

٣ - الاحتجاج بواسطة الطرق السياسية أو بواسطة السلطة الادارية ^(٨) . ويجب مراعاة ما قلناه فى حالة المدة المكسبة بشأن القطع

وبمجرد رفع الدعوى يحصل القطع فى التقادم ولا يؤثر طول نظر الدعوى على الحق ولكن اذا ظلت الدعوى مطروحة أمام القضاء وأصبحت موقوفة مدة ١٥ سنة سقطت الدعوى وسقط الحق معها ^(٩)

(١) citation en justice (٢) Commandement (٣) mise en demeure (٤) المادة ١٠٨٢/١٠ مدنى و ٢٢٤٧ - ٢٢٤٨ فرنسى المجموعة سنة ١٩١٦ ص ٦١ والمجموعة سنة ١٩٠٤ ص ٥٧ (٥) ٢ نوفمبر سنة ١٩٠٦ - ٢٣٠١ - ٢١٦٠٤ - ٢٣ - ٢٣٧ . - ويجب أن يكون العمل للقاطع قد توجه ضد الدين نفسه : ١٦٨ ، ٩ . - وإذا حكم برفض الدعوى زال أثر القطع : ١٩ فبراير سنة ١٩٠٩ ، ٢١ ، ١٨٩ - ١٢ - ١٦ - ١٠٥ - ٢٣ - ٣٣٠ . - وبمحض إيقاف التنفيذ قاطع التقادم اذا حصل الايقاف بسبب الاستئناف المرفوع من الدين ، مادام ان محضر التنفيذ يقضى بالتنفيذ بالوفاء : ١٥ يناير سنة ١٩٢٤ ، ٣٦ ، ١٤٩ (٥) استئناف ١٢ مارس سنة ١٩١٣ م ق ٢٥ - ٢٢٣ - ٢٩ أكتوبر سنة ١٩١٨ ، ٣١ ، ٤٠ (٦) استئناف ٢٢ نوفمبر سنة ١٩١٩ المجموعة سنة ١٩٢٠ ص ١٩٤ رقم ١٢ (٧) م ق ، ٥٧ ، ١٢ (٨) م ق ، ١٣ ، ٦٣ - ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٣ ، ٣٥ ، ٢٩٢ (٩) استئناف ١٤ مايو سنة ١٩١٢ المجموعة سنة ١٩١٢ ص ٢٦٧ - استئناف ١٠ مارس سنة ١٩١٤ المجموعة سنة ١٩١٤ ص ١٦٣ : مجموعة عياني من ٢٨٧ و ١٣٣٥ وكتاب المرافعات للدكتور ابو هيف بك بند ١١٤٠ . - وكتاب المرافعات للدكتور عبد الفتاح بك ص ٦٤٥ ن ٢٣٨

وفيما يتعلق بقطع المدة المستقطعة بواسطة رفع الدعوى يجب الرجوع الى ما قررناه في قطع المدة المكتسبة فيما تشترك فيه الدتان ومن شأن الدعوى ليس فقط قطع التقادم بل من شأنها أن تجعل الحكم فيها موقراً لتقادم طويل بمدة ١٥ سنة وهو غير التقادم الخاص بالحق الرفوعة عنه الدعوى ، وذلك نظراً لحصول استبدال أو تحويل في الدين . اذ الدين الاول كان ديناً بسند ، وأما الدين الثاني فهو دين بمحكم وإذا حصل التنازل عن الدعوى أى حصل تركها ^(١) زال مفعول عريضة الدتوى وزال قطع التقادم ^(٢)

وإذا تركت الدعوى ثلاث سنوات دون عمل من المتقاضين جاز رفع دعوى بطلان المرافعة فيبطل مفعول عريضة الدعوى وحدها دون ما تقدمها من الاجراءات كالتنبيه اذ لا يسقط الا بمدة ١٥ سنة

٥٤١ - (٢) الاقرار بالدين ^(٣) الاقرار من قبل المدين يقطع سريان المدة عليه (المادة ١٢٤٨ مدنى فرنسى) وذلك سواء كان الدين ناشئاً عن عمل جنائى جناية كانت أو جنحة أم مخالفة . أم ناشئاً عن عقد ، وسواء كانت المدة المستقطعة مقررة بالقانون أم اتفق الطرفان على تقصيرها ، وسواء كان الاقرار صريحاً ^(٤) أم ضمناً ^(٥) كما اذا استفيد من دفع المدين لقوائد الدين ^(٦)

ولقد سبق أن رأينا أن من نتائج قطع التقادم زوال المدة السابقة على القطع واعتبارها كأن لم تكن . ولذا يجب عند القطع أن تجدد مدة التقادم من جديد . هذا ويلاحظ انه رغم اقرار المدين فان مدة التقادم المقررة لسقوط الدين هي التي تجدد لها مدة أخرى . فاذا كان الدين للمعترف به يسقط بمضى خمس سنوات فيجب أن يسقط بعد الاقرار به بمضى خمس سنوات أيضاً ، لا ١٥ سنة ، لان الدين هو هو لم يتغير ولم يستبدل بدين آخر (ومع ذلك راجع بند ٥٤٢ بشأن الدين الذى يسقط بمدة ٣٦٠ يوماً اما اذا

(١) désistement d'instance (٢) ١٥ فبراير سنة ١٩٤٠ ، ١٣٦ ولا يبر

بما احتفظ به الدعى من الاحتياط عند تقريره بالتنازل : ٢٥ ، ٢٢٣ (٣) reconnaissance

(٤) expresse (٥) tacite (٦) ١٨٢ ، ٢ ، ٩٩ ، ٥٠٠ وسواء كان الاقرار

حاصلاً في مواجهة الدائن أم لا : ٢٨ ، ٣٦٥

حصل استبدال في الدين وحل دين جديد محل الدين القديم وانصرف الطرفان الى محو القديم واحلاله بالجديد فلا يسقط الدين هذه المرة بمضى ٥ سنوات بل يسقط بالمدة العادية وهي ١٥ سنة^(١)

هذا ويجب في الاقرار الضمني أو الصريح أن لا يكون مبهماً أو غامضاً بل يجب أن تكون النية فيه معينة بوجود الدين^(٢) وعلى ذلك لا يعتبر اعترافاً ضمناً ما يأتي : شروع الشخص القول بأنه مستأجر في اتخاذ الاجراءات اللازمة لتعيين خبير بتحقيق أمر في بشأن الارض المؤجرة كالة للمياه الضرورية للرى : هذا المشروع لا يقطع المدة السارية لمصلحة ذلك القول باستنجاهه ولا يعتبر اعترافاً منه بالدين حتى لو كانت هذه الاجراءات لم تتخذ من جانبه الا احتياطاً لدعوى قد يقيمها عليه المؤجر بطلب الاجار واستعداداً لدفع هذه الدعوى^(٣)

في الاقرار بالديون التي

تسقط بمضى مدة ٣٦٠ يوماً

٥٤٢ — رأينا عند ذكرنا للسوغ القانوني لسقوط الديون البسيطة بمضى ٣٦٠ يوماً أن الشارع راعى ما جرت عليه العادة واتخذها الناس عرفاً لهم بشأن هذه الديون في أنهم لا يكتبون بها صكاً كتابياً وان الوفاء بها يحصل بعد انشائها بوقت قريب . وقلنا بأنه لا يجوز لمنكر الدين ان يدفع الدعوى بالتقادم لان في الدفع بالتقادم اعترافاً بوجود الدين في الاصل وقد أنكره من قبل^(٤)

وعلى ذلك اذا حصل الاعتراف بهذا الدين المنو عنه بالمايتين ٢٠٩/٢٧٣ مدني و ٢١٠/٢٧٤ مدني ، أي أقام الأطباء والمحامين وأجرة الخدمة الخ ... ،

(١) د ، ٩٣ ، ٢ ، ٥٣٥ (٢) حكم استئنافي ٢٢ نوفمبر سنة ١٩١٩ المجموعة سنة ١٩٢٠ ص ١٩٤ عدد ١٢٠ (٣) حكم كلّي ٢ يوليو سنة ١٩١٤ المجموعة سنة ١٩١٥ ص ٢٩ رقم ١٩ ويرى القضاء ان الاحوال الواردة بالمادة ٨٢ والمخاصة بقطع انتادم لم تذكر على سبيل المحصر . وعلى ذلك يعتبر من الاعمال القاطعة المحجوزات التحفظية او الملوذات على شرط اعلانها الى الشخص المراد حرمانه من الاستفادة من التقادم م ت ق ، ٤ ، ٢٦٣ - ١ - ٧٢٠ ٨٩ (٤) جزئ المجموعة سنة ١٩١ ص ١٤٩

سواء كان حصل الاعتراف به كتابة بسند على حدة أو اعترف به بأى كيفية. كلت شفهاً أو تحريراً، فإن هذه الديون لا تسقط هذه المرة بمضى ٣٦٠ يوماً بل تسقط فقط بمضى ١٥ سنة وهذا هو الرأى الذى أخذ به القضاء الفرنسى^(١) والقضاء المصرى أيضاً^(٢) وذلك لان الاعتبار التى راعاها الشارع فى وضعه للمادتين ٢٠٩ و ٢١٠ مدنى لم تكن متوافرة عند اثبات الدين هذا بالاقرار الكتابى أو الشفوى. أى ان الدين يصبح عادياً تمشى عليه القواعد العامة لسقوط الديون المادية أى ١٥ سنة تطبيقاً للمادة ٢٠٨/٢٧٢ مدنى

هذا هو الاعتبار القانونى الذى يرجع الى المسوغ القانونى. وهناك اعتبار تشريعى للاخذ بالرأى المتقدم. ذلك ان المادة ٢٣٧٤ فترة ثانية تقول بأنه لا يجوز الاخذ بالتقدم البسيط الخاص بهذه الديون فى حالة ما اذا حصل الاقرار بها على شكل حساب جار^(٣) أو حصل الاقرار بها بورقة^(٤) أو رقت عنها دعوى أمام القضاء ولم تسقط الدعوى بالبطالان

ولم تخرج هذه المادة الفرنسية عن كونها مؤيدة للمبدأ ذاته ما دام ان الامر فى المسوغ القانونى ظاهر واضح لا غموض فيه

٥٤٣ - هذا ويجب مع ذلك ملاحظة ما يأتى :

ان الذى يجعل التقدم تادياً أى ١٥ سنة بدلاً من ٣٦٠ هو الاقرار ذاته الصادر من الدين لا مجرد عمل قاطع للمدة. وعلى ذلك لا يعتبر رفع الدعوى فى ذاته كالاقرار من حيث النتائج القانونية رغم ما صرحت به المادة ٢٢٧٤ ققرة ٢ لان رفع الدعوى لا يفيد الاقرار بالدين ولا يقضى على افتراض الوفاء ذلك الافتراض الذى يعتبر المسوغ القانونى للتقدم بمضى ٣٦٠ يوماً^(٥) بل تكون نتيجة رفع الدعوى

(١) د. ١٠٩١٠، ١٠٩١٧ - س. ١٠٩١٠، ١٠٩١٧ (٢) و اقرار الدين بدون مسافة يعتبر قاطعاً للمدة. ومثل هذا الدين يسقط بالتادم الطويل ١٥ سنة لا ١٠. حصل استبدال الدين للقديم بهذا الدين الجديد : ١٢ ديسمبر سنة ٢٠٩٠، ٢٠٨٩ - ٢٤ مارس سنة ١٠٩١، ٢٢٢، ٢٢٣

(٣) compte courant (٤) cédula (٥) كولين وكابتن ج ٢ ص ١٤٣

منع تلم للدة المبتدئة وتظل للدة موقوفة طول مدة قيام الدعوى أمام المحكمة الى أن تسقط الدعوى بالتقادم

وفوق ما تقدم فإن محكمة النقض والابرار بباريس قررت انه بفرض حصول القطع في اللة بسبب الاقرار بالدين فانه لا يكفى الاقرار الضمني في تغيير مدة التقادم القصيرة، أى ٣٦٠ يوماً، بالدة الطويلة، أى ١٥ سنة، بل يجب أن يكون هذا الاقرار بالكتابة وأن يكون تمين المبلغ تعيناً صريحاً^(١) كذلك قررت ان الاقرار الضمني بالدين كالذى يستفاد من دفع جزء من الدين لا ينتج عنه فقط عدم استبدال التقادم البسيط، وهو ٣٦٠ يوماً، بالتقادم الطويل، وهو ١٥ سنة، بشأن الباقي من الدين. بعد الذى دفع منه، بل أن هذا الاقرار الضمني المستفاد من الوفاء ببعض الدين، لا يقطع مريان مدة التقادم البسيط وهو ٣٦٠ يوماً بالنسبة للباقي من الدين^(٢)

ح - في احتساب مدد التقادم

٥٤٤ - مدد التقادم على نوعين :

أولاً : مدد التقادم المسكب . هذه المدد هي ١٥ سنة بوجه عام و ٥ سنوات اذا كان واضع اليد منذرعا بسبب صحيح وحسن النية

ثانياً : مدد التقادم المسقط . هذه المدد المختلفة هي إما ١٥ سنة وهي للدة العادية واما ١٠ سنوات في الدتاوى الخاصة بمسئولية المهندسين المعماريين والقاولين و ٥ سنوات في القوائد والايجار وستنان في دعوى تكملة الثمن عند حصول غبن في بيع عقار القاصرو ٣٦٠ يوماً في أتعاب الاطباء والمحامين وغيرهم و ٨ أيام في دعوى الصيوب الخفية للمبيع

هذه هي المدد التي قررها القانون المدني . والقاعدة العامة هي سقوط الحق بمضي ١٥ سنة سواء كان خلاصا بالتقادم للكسب (المادة ١٠٢/٧٦ مدني) أم خلاصا

(١) ٦٥٠١٠٩٣٨٤٠ - س. ١٣٠١٠٩٠٦٠٠ ومثل « Tissier » (٢) د ،

٢٩٩٠١٠٩١١٠ - س. ٤٧٠٠١٠٩١١

بالتقادم المسقط (المادة ٢٠٨ / ٢٧٢ مدنى) وهاتان المادتان هما اللتان يقرزان قاعدة التقادم في سقوط الحقوق العينية العقارية والحقوق الشخصية وما القول حينئذ في دعوى الميراث والوقف فهل تسقط أو تكتسب بمضى ١٥ سنة وهى المدة العادية للتقادم والتي قررها القانون للمادتين ٧٦ و ٢٠٨ مدنى ؟ أو ان سقوطها واكتسابها يرجع لاحكام الشريعة الاسلامية ؟

ط — في سقوط دعوى الميراث والوقف بالتقادم .

٥٤٥ — يراد بدعوى الميراث ^(١) الدعوى التى يوجهها الوارث قبل الورثة يطالبهم فيها بنصيبه فى الميراث . وفى هذه الحالة يجب عليه أن يثبت أمرين . أولاً كونه وارثاً بالطريقة الشرعية . ثانياً . أنه لم تمض المدة القانونية المانعة من سماع الدعوى فيما إذا ادعى خصمه مضياً

أما كونه وارثاً بالطريقة الشرعية فهذا هو ما يفصل فيه القضاء الشرعى دون غيره (المادة ٥٤ / ٧٧ مدنى) ولا عبرة بأى حكم صادر من محكمة أخرى أهلية أو أجنبية من شأنه أن يؤثر على حقه فى الارث . فإذا صدر حكم من محكمة الجنايات على الوارث بأنه قاتل لمورثه فلا يتقيد القضاء الشرعى به بل يجب طبقاً لما تراه المحاكم الشرعية ، اثبات القتل شرعاً امامها فإذا لم يثبت أصبح وارثاً وجاهله أخذ نصيبه فى التركة . وكذلك العكس اذ حكم ببراءته من القضاء الاهلى أو الاجنبى وحكم بأنه قاتل فى القضاء الشرعى .

وأما المدة القانونية المانعة من الارث ففيها تفصيل لا بد منه حتى يتجلى الحكم فيها . ويتناول البحث هنا أربع مسائل (١) التقادم فى الشريعة الاسلامية . (٢) التقادم عند الخلفاء . (٣) التقادم الشرعى فى مصر . (٤) حكم القضاء الاهلى والمختلط فى التقادم الشرعى

§ ١ — التقادم فى الشريعة الاسلامية

٥٤٦ — الاصل فى الشريعة الاسلامية انها لا تعرف التقادم أى مضى المدة

المكسب أو المسقط أى أن الحق لا يزول ولا يتقضى بمرور الزمن وهذا الامل يرجع للحديث النبوى « لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم » ولكن لما خيف على مصالح الناس من الفساد والتحايل الذى يجرؤونه فيما بينهم قرر فقهاء الشريعة مبدأ آخر متصلاً بالمبدأ الأول وهو تخصيص القضاء بالزمان والمكان والخصومة . بمعنى أنه يجوز للحاكم فى توليته القاضى القضاء أن يمين له الازمنة والامكنة وأنواع الخصومات التى لا يخرج عنها فى حكمه ^(١) أى يجوز للحاكم أن يقرر منع القاضى من سماع الدعوى اذا مضى زمن يقرره ولم يكن لدى صاحب الحق مانع يمنعه من قبل فى تقاضى حقه . أما اذا كان لديه مانع حال دون المقاضاة فلا يسقط الحق طال ما طال ^(٢) والحق فى ذاته لا يسقط انما يمنع صاحبه من التقاضى به وعلى ذلك اذا جاء الخصم واعترف بالحق لصاحبه بعد مضى الزمن المضروب بمعرفة الحاكم قضى بالحق لصاحبه وأما اذا أنكر فيمنع القاضى من سماع دعوى المدعى أى من سماع أدلته فى اثبات الحق ^(٣)

§ ٢ - التقادم عند الخلفاء والولاطين

قد اختلف الفقهاء فى تعيين المدة التى لا تسمع بعدها الدعوى فجمعوها ٣٠ سنة و٣٣ سنة و٣٦ سنة . وكان من شأن هذه الاختلافات اضطراب فى الاحكام ورفع اللبس نية عن الافراد . لذا قرر السلطان سليم العثمانى الذى تولى الحكم سنة ١٥١٧ أن تجعل هذه المدة ١٥ سنة أى انه يقرر بحكم مبدأ التخصيص بالازمان والمكان والخصومة أن يمنع القاضى من سماع دعوى صاحب الحق اذا ظل بدون عذر شرعى كإلغى ماضى أو أدبى أو طبيعى (مثل فقد الاهلية) وهو لا يطالب بحقه (المادة ١٦٩٠ من المجلة ج ٣ ص ٣٧٩) . وعلى ذلك يكون مرور الزمان الشرعى مبني على أمرين . الاول حكم اجتهدى نص عليه الفقهاء والثانى أمر سلطانى يجب على القضاة اتباعه ^(١) لانهم بمقتضاه معزولون عن سماع دعوى مضى عليها ١٥ سنة بدون عذر والقاضى وكيل

(١) للماملات لأبى الفتح بك ج ١ ص ١٠٤ و ١٠٥ والمادة ١٨٠١ من المجلة ج ٢ ص ٥٥٧

(٢) المجلة ج ٢ ص ٣٧٧ - ٣٧٨ (٣) المجلة ج ٢ ص ٣٧٧ (٤) المجلة ج ٢ ص ٣٧٨

عن السلطان والوكيل بتنفيذ التصرف من موكله فإذا خصص له تخصص وإذا
عمم نعم^(١)

وإذا مضى على الدعوى ١٥ سنة وأمر السلطان ببيعها بعد هذه المدة تسمع
حتى لو كانت قد تركت بدون عذر من جانب صاحب الحق أما إذا مضى عليها
٣٠ سنة بلا عذر فلا تسمع وإن أمر السلطان ببيعها . والفرق بين هاتين الحالتين
هو أن منع سماع الدعوى بعد ١٥ سنة مبنى على النعى السلطانى فن نهى عن سماع
الدعوى له أن يأمر ببيعها . وأما عدم سماع الدعوى بعد ٣٠ سنة فهو مبنى على منع
الفقهاء وليس للسلطان أن يتقاضه لأن أمر السلطان إنما ينفذ إذا وافق الشرع والأفلا^(٢)
ولما كان من المقرر عند فقهاء الشريعة أن دعوى الوقف لا تسمع بعد مضى ٣٣
سنة فقد ألحقوا بها دعوى الميراث وقررت في الدولة العلية مدة ١٥ سنة لسقوط جميع
الحقوق بما فيها الارث وأصل الوقف^(٣)

٣٨ - في التقادم الشرعى في مصر

٥٤٧ - ولما دخلت مصر تحت حكم الدولة العثمانية تمشت عليها قوانين
هذه الدولة . فعمل في مصر فيما يتعلق بعدم سماع الدعوى باتباع المدينين ١٥ سنة
و٣٣ سنة

وقد صدرت لائحة المحاكم الشرعية في ١٧ يونيو سنة ١٨٨٠ وورد بالبند ١٤
منها ما يأتى : « القضاة ممنوعون من سماع الدعوى التى مضى عليها خمس عشرة سنة
مع تمكن المدعى من المرافعة وعدم العذر الشرعى له في إقامتها إلا في الارث والوقف
فانه لا يمنع من سماعها الا بعد ثلاث وثلاثين سنة مع التمكن وعدم العذر الشرعى وهذا
كله مع الانكار للحق في تلك المدة »

ولما صدرت اللائحة الشرعية التالية لها في ٢٧ مايو سنة ١٨٩٧ ورد بالبند ٩٦
منها ما يأتى : « القضاة ممنوعون من سماع الدعوى التى مضى عليها خمس عشرة سنة

(١) المجلد ج ٢ ص ٣٧٨ (٢) المجلد ج ٢ ص ٣٧٨ (٣) المادة ١٦٦٠ ج ٢ ص ٣٧٩
من المجلد - استئناف ٤ يناير سنة ١٨٩٤ الحقوق مجلد ٩ ص ٧٣ والقضاء المصرى الاهلى
لمجال بك الهامى جزء أول وثان ص ٦٣٥ فقرة ١٧٨٨

مع تمكن المدعى من الرافعة وعدم العذر الشرعى له في اقامتها الا في الارث والوقف فإنه لا يمنع من سماعها الا بعد ثلاث وثلاثين سنة مع تمكن وعدم العذر الشرعى وهذا كله مع الانكار للحق في تلك المدة »

وأخيراً صدرت اللائحة الشرعية المأضرة وهي موضوعة بقانون ٣ يوليو سنة ١٩١٠ رقم ٣١ وجاء في المادة ٣٧٦ منها ما يأتي : « القضاة ممنوعون من سماع الدعوى التى مضى عليها خمس عشرة سنة مع تمكن المدعى من دفعها وعدم العذر الشرعى له في عدم اقامتها الا في الارث والوقف فإنه لا يمنع من سماعها الا بعد ثلاث وثلاثين سنة مع تمكن وعدم العذر الشرعى ، وهذا كله مع الانكار للحق في تلك المدة » ويتلخص مما سبق أن دعوى الارث أي مطالبة الوارث لوارث آخر يمنع من سماعها بعد مضى ٣٣ سنة . وأما مطالبة الوارث لأجنبي فتسقط بمضى ١٥ سنة ^(١) وكذلك الحال في الوقف

وبما تقدم يرى أنه ثبت من طريق رسمى تشريعى أن المدة المكسبة والمسقطه في القانون المصرى ابتداء من ٢٧ يونيو سنة ١٨٨٠ أي قبل انشاء المحاكم الاهلية بثلاث سنوات وبعد انشاء المحاكم المختلطة بخمس سنوات ، هذه المدة هي ١٥ سنة عن جميع الحقوق سواء كانت المدة مكسبة أم مسقطه ، ما عدا حق الارث والوقف فإن المدة فيه ٣٣ سنة

هنا وقد قرر القانون المختلط الاخذ بمدة ١٥ سنة سنة ١٨٧٥ وقلده فيه القانون الاهلى أيضا سنة ١٨٨٣ ولم يشر أحدهما الى مدة ٣٣ سنة مطلقا . وقررت المادة ١٠٢ مدنى مختلط بان الملكية والحقوق العينية تسقط بمضى ١٥ سنة . وكذلك فعلت المادة ٢٦ مدنى أهلى . ولما عدل كل من القانونين الاهلى والمختلط أسباب التلك وجعل منها التقادم لم يذكر شيئا عن مدة ٣٣ سنة . وكذلك فعلا عند ما ذكرنا أيضا الموارث باعتبارها هي الأخرى سببا في الملكية فإن القانون المصرى لم يشر مطلقا الى ٣٣ سنة ولكن انشأه الشرعى أصر على الإشارة الى مدة ٣٣ سنة في سنة ١٨٨٠ وسنة ١٩٠٧ وسنة ١٩١٠

فهل يستفاد مما تقدم أن الشارع المدينى (أهلياً كان أو مختلطاً) يجهل التقادم بمضى ٣٣ سنة لأنه لم يرد له ذكر بالمرّة في القانون في أسباب التملك ، لا في التقادم ولا في الموارث ، وأنه على ذلك لا يعرف الا التقادم بمضى ١٥ سنة عن جميع الحقوق بما فيها الارث والوقف عملاً بالمادة ١٦٦٠ من المجلة المعمول بها في الدولة العلية ؛ أم أنه في تقريره بالمادة ٥٤ / ١٣٠ مدينى الرجوع في حالة الموارث والوقف الى القوانين المحلية قد أراد بذلك فقط الرجوع الى أحكام التقادم المقررة إما باللوائح الشرعية^(١) وأما بكتب الفقه الاسلامى المأخوذ بها قبل سنة ١٨٧٦ وهو تاريخ انشاء المحاكم المختلطة ، أى بالعرف القضائى الذى جرى عليه القضاء الشرعى المصرى قبل سنة ١٨٧٦ وقبل انشاء المحاكم الاهلية سنة ١٨٨٣ ؟

هذان الرأيان هما محل النظر الآن وقد أخذ بهما مع القضاء الاهلى في أحكامه
هضى تارة بالاول وتارة بالثانى

§ ٤ - حكم القضاء المصرى في التقادم الشرعى

١ - القضاء المختلط

٥٤٨ - اضطرد القضاء على اعتبار ان لا تقادم في الشريعة الاسلامية وأن الملقوق لا تسقط فيها طال عليها الاجل ما طال وأن حقوق الارث والوقف تمنع الدعى فيها بمضى ٣٣ سنة وأن المدة هذه لا تعتبر تقادماً^(٢) انما تعتبر دفعا بعدم جواز نظر الدعى^(٣) وسار القضاء المختلط مضطرباً في أحكامه هذه لا يتغير . ولكن بعض الاحكام مع ذلك قد قرر أن مضى المدة هذه يعتبر تقادماً مسقطاً^(٤) بالنسبة لصاحب الحق نفسه أى أن الحق يعتبر أنه قد زال عنه^(٥) وكذلك يتحرر المقار من حق صاحبه الاول عليه

(١) أى لائحة سنة ١٨٨٠ التى كانت معروفة قبل انشاء المحاكم الاهداه سنة ١٨٨٣

(٢) prescription (٣) fin de non recevoir استثناء من حق : ٢٧٠٢٩ -

٢١ ، ١٩٩ ، ٢٥٠ - ٢٨٥ prescription extinctive (٤) (٥) م.تق. ١٦٠ ، ١٤٨٠

٢ - القضاء الاهلي

٥٤٩ - ميز القضاء الاهلي بين حالتي الوقف والميراث

الحالة الاولى : حالة الوقف

٥٤٩ مكرراً - للقضاء الاهلي فيه رأيان : رأى يقول بان الوقف لا يزول بمضى مدة ١٥ سنة بل بمدة ٣٣ سنة ورأى يقول بأنه بالعكس يزول بمضى ١٥ سنة

٥٥٠ - الرأى الاول للقضاء الاهلي في الوقف : يقول بزوال الوقف بمضى ٣٣ سنة وحجته في ذلك ما يأتي (١) إن عدم النص على زواله بمدة ٣٣ سنة بالقانون الاهلي يفيد أن الشارع أراد الرجوع الى حكم الشريعة الاسلامية التي تقرر زواله بمضى ٣٣ سنة - ٢) الوقف من الشريعة فن الصواب افتراض أن الواقف أسس الوقف اتباعاً لمبادئها وليس من العدل تطبيق قانون مخالف لقصد الواقف بل من العدل في الاخذ بالمادة ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الاهلية الرجوع الى الشريعة - ٣) إن الشريعة لم تقرر الملكية بالتقدم وعلى ذلك يكون تملك الوقف بالتقدم مخالفاً لاحكام الشريعة ٤) إن في اباحة تملك المقار الموقوف مضية للفائدة من الوقف (١)

ومع ذلك لا يزول الوقف بمضى ٣٣ سنة اذا اعترف انحصم بوجوده (٢)

٥٥١ - الرأى الثانى للقضاء الاهلي في الوقف : يقول هذا الرأى

بسريران هذا التقدم بمضى ١٥ سنة على الوقف لا بمضى ٣٣ سنة . وحجته في ذلك : (١) لا يوجد بقانون المحاكم الاهلية (والمختلطة) نص يقضى بعدم جواز امتلاك الوقف بالتقدم بمضى ١٥ سنة . اما الذى ورد في القانون هو عدم جواز

(١) استئناف ٢٣ فبراير سنة ٩٠٥ مجلة الاستقلال المجلد ٤ ص ٣٠٦ - المجموعة سنة ٩٠٥ ص ٢١١ - قضاء المحاكم الاهلية لبياسى ص ٤٣٥ : نذرة ١٩٧٦ - تعليقات جلال على القانون المدنى ص ٦٠ : نذرة ٣٨ و ٣٩ و ٤١ و ٥٦ و ٧٦ و ٨٠ - استئناف ٨ مارس سنة ٩٢١ المجموعة ص ٩٢١ ص ٤٧ عدد ٢٢ (٢) استئناف ٢٩ يناير سنة ٩١١ المجموعة ٩١١ ص ١٤٩ - قضاء المحاكم الاهلية لبياسى ص ٤٣٦ ن ١٩٧٧

امتلاك الاملاك المحصنة للنفعة العامة بمضى المدة. - ٢) إن الشريعة عينت مدة لمنع سماع الدعوى فبينت ١٥ سنة للدعوى العادية و ٣٣ سنة لدعوى الوقف والارث فهي اذن قد جعلت الزمن أثراً شرعياً على وجود الوقف. - ٣) متى كانت الدعوى من اختصاص المحاكم الاهلية وجب أن يسري قانونها عليها والقانون لم يميز بين الاعيان الموقوفة وغير الموقوفة. - ٤) لأن زوال ملكية الوقف لا يتصل بأصله حتى يقال بزوال اختصاص القضاء الاهلي عنه. - ٥) إن المادة ٧٩/ ١٠٢ مدني قررت سقوط الملكية وجميع الحقوق العينية بمضى ١٥ سنة دون التمييز بين حق وحق^(١) وهذا الرأي هو الاوجه والذي نراه الارجح وعلى الاختصاص فانه يتفق مع التزعة التشريعية العالمية الحاضرة في أنها تحتم كل ما من شأنه قتل الحركة الاقتصادية أو شلها بقيود تذهب بمزية نمو الدورة الاقتصادية. ولقد أصبح نظام الوقف في العصر الحاضر من النظم التي لا يرغب فيها الشارع لاسباب اقتصادية واخلاقية وقد آن لهذا الشارع اذا أراد استبقائه أن يعمل على ترتيب أحكام له تتفق مع العصر الاقتصادي الحاضر. واذا كان الامر كذلك وجب على القضاء أن يعمل ما من شأنه التمهيد لهذا التشريع الجديد فلا يقضى بسقوط الوقف بمدة ٣٣ سنة بل يقضى بمدة ١٥ سنة وذلك رغم اتفاق فقهاء الشريعة على ٣٣ سنة وعدم اختلافهم فيها. وهذا بخلاف مدة التقادم في دعوى الارث فانهم اختلفوا في مدة سقوطها اذ قال بعضهم ٣٣ سنة والبعض الآخر ١٥ سنة كما سيبيء. على أن مدة ١٥ سنة هذه المقررة لسقوط الحقوق أصبحت هي الاخرى طويلة بالنسبة للعصر الحاضر لانها تحررت في القرن السادس عشر أى عقب ولاية السلطان سليم العثماني سنة ١٥١٧ في الوقت الذي لم تعرف فيه الحركة الاقتصادية السريعة المعروفة الآن. ومن أهم عوامل تقصير آجال التقادم سهولة المواصلات ونشر المدنية وتعميم المعارف على الافراد لان من شأن

(١) استئناف ٢٠ فبراير سنة ٩٠ مجلة المحاكم مجلد ١١ ص ٢١٩ - تطبيقات جلال على القانون المدني ص ٦٠ نبة ٣٧ - استئناف في ٢٥ مايو سنة ٩٨ الحقوق مجلد ١٢ ص ١٩٧ - كتاب القضاء المصري الاهلي لجمال بك الهامى ج ٣ ص ٤٥٢ نبة ٢٤٤٧ حكم استئناف ٢٥ ديسمبر سنة ٩١٣ الحقوق ص ٢٩ و ١١٠ ومشار اليه بكتاب مجموعة الاحكام لمحمد بك السيد في القانون المدني ص ٦١ نبة ٣٠٨

ذلك كله أن يجعل المالك بحيث لا يكون بعيداً عن ملكه فإذا بعد عليه مادياً فمن السهل عليه الاشراف على ملكه بالكتابة و بقطع مدة التقادم بأى وسيلة ولذا كان قد كولين وكاتبان لطول مدة التقادم حقاً كما بينا ذلك فى مكانه

الحالة الثانية . حالة الميراث . ومقارنة القضاء الاهلي والقضاء المختلط

وآراء رجال الفقه الاسلامى

للقضاء الاهلي وجهان للنظر من حيث التفرقة بين مدتى ١٥ سنة و ٣٣ سنة وللقضاء المختلط وجهة مندمجة فى وجهة النظر الثانية للقضاء الاهلي

٥٥٢ - وجهة النظر الاولى : يقول القضاء الاهلي فى طريق أخذه بالتفرقة بين ١٥ سنة و ٣٣ سنة انه يجب التمييز بين نوعين من الدعاوى المرفوعة بالميراث النوع الاول : اذا رفعت الدعوى من الوارث على وارث. فى هذه الحالة تسقط الدعوى بمضى ٣٣ سنة - النوع الثانى اذا رفعت الدعوى من الوارث على أجنبي وفى هذه الحالة يجب الاخذ بمضى مدة ١٥ سنة ^(١) وتلحق الوصية بالارث فى نظر القضاء ^(٢) وهل تنفق النتيجة القانونية لوجهة النظر للقضاء المختلط هذه مع وجهة النظر الاولى للقضاء الاهلي ؟ لا تنفق النتيجة فيها . لان رأى الاول الاهلي يقول كما رأينا يسقط حق الوارث قبل الوارث بمضى ٣٣ سنة لا بمضى ١٥ سنة فى حالة التزام فى الملكية ولكن القضاء المختلط يقول كما لاحظنا ذلك ، بأن حق الوارث قبل الوارث يستطعمدة ١٥ سنة لا ٣٣ سنة اذا كان التزاما خاصا بالملكية لا بالنصيب الشرعى بالميراث

٥٥٣ - وجهة النظر الثانية : يقول بها القضاء المختلط والقضاء الاهلي : وهى تنحصر فى التفرقة ، عند الاخذ باحدى المدتين ١٥ سنة أو ٣٣ سنة بين **دعوى الارث ودعوى الملكية :** وللقضاء المختلط والقضاء الاهلي طريقتان فى التفرقة

(١) استئناف ٣٠ مارس سنة ١٩٢٠ الحقوق ٣٥ ص ٥٩ - حكم ابتدائى ٢١ يونيو سنة ١٩١٩ الحقوق ٣٤ ص ١٢٣ - المجموعة سنة ١٩٢٠ عدد ٩٤ - القضاء المعبرى الاهلي لجمال بك الحامى المجموعة الثانية سنة ١٩٠٩ ص ٣٨٢ نبذة ١٠٤١ و ١٠٤٢ - تعليقات جلاد على القانون المدنى ص ٥٦ ، ٧ ، ٨ - وص ٦٠ ن ١٩١٩ (٢) حكم استئنافى ٤ يناير سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ ص ٧٣ - مجموعة جمال الاولى ص ٦٣٥ ن ١٧٨ وهو حكم مطول أتى على تفصيل واف لتقادم فى حكم الشريعة الاسلامية وآراء رجال الفقه فيه

بين هاتين الدعويتين ، ولكن كل طريقة تنتهي منها بنفس النتائج التي تنتهي بها الثانية واسكن هل هي هي بينهما نفس النتائج التي تنتهي بها وجهة النظر الاولى ؟

٥٥٤ - ١) طريقة القضاء المختلط في التفرقة بين دعوى الملكية ودعوى

الارث : يقول هذا القضاء ان لدعوى الميراث^(١) صفتان لاصقتان بها . الصفة الاولى كونها دعوى شخصية^(٢) أى انها دعوى يطالب فيها المدعى القائل بالوراثة المسكلم له بأنه وارث وتعيين نصيبه في التركة ان كان النصف أو الثلث الخ - والصفة الثانية كونها دعوى عينية^(٣) أى المطالبة بتثبيت ملكيته لنصيبه الشرعى المقرر له في الحالة الاولى ٥٥٥ - ورتب القضاء المختلط على هذين الوصفين الهامين لدعوى الارث

النتيجة الهامة الآتية : قال بأن دعوى الارث بصفتها الاولى في كونها شخصية هي من اختصاص القضاء الشرعى وأما بصفتها الثانية في كونها عينية فهي من اختصاص القضاء العادى الدنى غير الشرعى^(٤) وعلى هذه النتيجة رتب القضاء المختلط النتيجة الآتية . وهى أن المادة ٩٦ من لأئحة المحاكم الشرعية الصادرة في ١٧ مايو سنة ١٨٩٧ التي قررت منع سماع دعوى الارث بعد ٣٣ سنة إنما قررت دفعا بعدم جواز نظر الدعوى^(٥) ولم تقرر التقادم المسكب أو المسقط وعلى ذلك لا تأتير لهذا الدفع الشرعى على الدفع بالتقادم . « لان عدم الجواز دفع شرعى راجع للقضاء الشرعى والدفع بالتقادم دفع مدنى راجع للقضاء الاهلى » وعلى ذلك يجوز أمام القضاء الدنى التمسك بالتقادم وهو لا يكون إلا بمدة ١٥ سنة ، ضد التركة نفسها أى ضد الورثة المثلين للتركة . ويجوز للدائن المرتهن رهناً تأمينياً لمقار المالك بالتقادم ، التمسك هو الآخر بمدة ١٥ سنة

٥٥٦ - ٢) طريقة القضاء الاهلى في التفرقة بين دعوى الملكية ودعوى

الارث : يستند هذا القضاء في تلك التفرقة الى أصلين شرعيين والى المادتين ٥٨٧ من قانون العبدل والانصاف ، والمادة ٣٧٦ من لأئحة المحاكم الشرعية الصادرة في ٣ يوليو سنة ١٩١٠ . أما الاصلان الشرعيان فهما المستفادان من المادتين المذكورتين لان

(١) action en pétition d'hérédité (٢) action personnelle (٣) action

réelle (٤) استئناف م ٢٧ مايو سنة ١٩٠٣ م ت ق ، ١٥ ص ٣١١ والاحكام الواردة

بالحاشية ٣ (٥) fin de non recevoir

أولها يقضى بعدم سقوط الحق بتقادم الزمان وقضى ثانيهما بتخصيص القضاء بالزمان والمكان والخصوصية . وقد بينا ذلك في مكانه . وأما المادة ٥٨٧ من قانون العدل والانصاف فهي مأثباتي : « الحق لا يسقط بتقادم الزمان فلو وضع شخص يده على دار أو أرض أو غيرها مدة سواء طالقت المدة أو قصرت وهو معترف بأنها ملك فلان فإنه يؤمر بردها إليه إذا طلب فلان ذلك . وإن كان منكراً أنها ملك فلان ، وفلان يدعى أنها ملكه ، ينظر إن كان مضي على وضع يده خمس عشرة سنة فاكتر لا تسمع دعوى الا في الارث والوقف وعند وجود عذر شرعي . لكن في الارث والوقف إنما تسمع الدعوى بعد مضي هذه المدة إذا لم يمض على وضع اليد ثلاث وثلاثون سنة . أما إذا مضي ذلك فلا تسمع دعوى الارث والوقف أيضاً إلا عند وجود عذر شرعي ، وأما المادة ٣٧٦ من اللائحة الشرعية سنة ٩١٠ فقد سبق لنا ذكرها بالنص ، إذ نصت على سقوط الحق بمضي ١٥ سنة الا في الارث والوقف فيسقط بمدة ٣٣ سنة واستنتج من هذا القضاء من ربط المادتين ببعضهما بعض ومن المادة ٥٤ الخاصة باتباع أحكام الشريعة فيما يتعلق بالموارث ، ومن المادتين ٧٦ و ٢٠٨ الخاصتين بسقوط الحقوق العينية والشخصية بمدة ١٥ سنة - استنتج من ذلك كله أن دعوى الملكية الآيلة عن الارث تسقط بمدة ١٥ سنة وإن دعوى الارث في ذاتها تسقط بمدة ٣٣ سنة . وأنه على ذلك يجب على القضاء الاهلي أن لا يأخذ بغير المادتين ٧٦ و ٢٠٨ في حالة الملكية بسبب الارث أو بغير سبب الارث وأنه « يحرم عليه في هذه الحالة الرجوع الى قوانين وشرائع أخرى ^(١) »

وقرر هذا القضاء بأنه : « قد ورد في كتب الفقه أن الدعوى في الملكية الآيلة عن ارث أو شراء أو هبة ونحو ذلك لا تسمع إذا مضي على وضع اليد خمس عشرة سنة . وكان واضع اليد منكراً لحق المدعى » ثم أشار بعد ذلك الى تنقيح الفتاوى الخامدية واللبسوط ورد المختار على الدر المختار

٥٥٧ - هذا القضاء الاهلي في نتيجته هو نفس القضاء المختلط في نتيجته فها ينقضان في وجهة النظر الثانية ، أي أن دعوى الملكية تسقط بمدة ١٥ سنة معها كان سببها سواء كان الخلع فيها وارثاً أو أجنبياً . وهذا يخالف الرأي الاول للقضاء الاهلي

(١) استئناف ١٣ فبراير سنة ٩١٧ المجموعة سنة ٩١٧ ص ١٥٧ رقم ٩٠ وهو حكم مطول وهام الترامات ذهبي ٦٨ -

الذى قصر سقوط الدعوى بمدة ١٥ سنة على حالة مخاصمة الوارث للاجنبي من التركة. ٥٦٠ - والذى نرجحه نحن هو الرأى الثانى لانه يتفق مع النصوص القانونية المدنية أهلية ومختلطة . ويتفق أيضاً مع النصوص التشريعية الشرعية ومع رأى بعض فقهاء الشريعة الاسلامية

أما من حيث الاتفاق مع النصوص التشريعية الشرعية فان المواد الواردة باللوائح المختلطة الخاصة بالمحاكم الشرعية قد أشارت الى ١٥ سنة وإلى ٣٣ سنة ولم تفرق في اشارتها الى ١٥ سنة ان هذه المدة لا تنمى على دعوى الميراث الخاصة بالمطالبة بمال أى حق مالى له أثر في ثروة الانسان أى ماله . نعم ولو أنها لم تنشر أيضاً في ذكرها لمدة ٣٣ سنة الى أنها خاصة بحالة اثبات صفة الورثة فقط لا المطالبة بحق مالى إلا أن المفهوم أن القضاء الشرعى ممنوع عملاً (لا قانوناً أى من الوجهة التشريعية البحتة لعدم وجود النص) من القضاء فى الحقوق المالية أى الحقوق المالية الخاصة بالتعامل المدني وغيره ، الا اذا تعلق هذا الحق بحق شرعى الاصل فى الفصل فيه يرجع الى القضاء الشرعى كالمطالبة بمؤخر الصداق أو الحضانة أو النفقة ^(١) وعلى ذلك تؤيد القضاء المختلط فيما ذهب اليه من أن دعوى الميراث اذا رمت الى المطالبة بحق، وجب رفعها أمام القضاء المدني وفى هذه الحالة يجب الاخذ بمدة ١٥ سنة وأما اذا أريد بها مجرد اثبات الورثة وجب رفعها أمام القضاء الشرعى وفى هذه الحالة يؤخذ بمدة ٣٣ سنة ولكن ربما يحصل التساؤل فيما يأتى : علام هذه الدعوى فى اثبات الورثة لمجرد اثبات كون المدعى وارثاً للتوفى ما لم يكن الفرض منها غرضاً مالياً ؟ أليس كل دعوى ارث انما ترمى فى الحقيقة الى المطالبة بنصيب فى التركة ؟ واذا كانت كل دعوى ارث هى دعوى مالية إذ تستحيل الى مال حتماً فيجب أن تسقط بمضى ٣٣ سنة لا بمضى ١٥ سنة لأنه لا معنى الآن لهذه التفرقة ما دام أن دعوى الارث دعوى مالية ؟ يكون هذا الاعتراض فى محله لو كانت كل دعوى ارث مالية حتماً . ولكن هناك

(١) على أننا نلاحظ أنه فيما يتعلق بمؤخر الصداق والفصل فى القضاء الاهلى اذا كان للمؤخر قابلاً يستند اذا تناول النزاع الزوجية وجوداً وعد ما خرج النزاع عن حظيرة القضاء الاهلى فيما يتعلق بالزوجية . وأما الحضانة وأجرتها فهى من اختصاص القضاء الشرعى المحض . وأما النفقة فانه قد سبق أن رأينا أنها أصبحت هى الاخرى مقررة بالنصوص المدنية فوق تقريرها بالنصوص الشرعية (المواد ١٥٤ - ١٥٧ / ٢١٦ - ٢١٩ مدنى)

من دعاوى الارث ما لا ينصرف الى مال ضرورة بل يكون الغرض منها مجرد اثبات الورثة للتوفى لأغراض شتى : مثلاً لأن مدعى الورثة انما يريد أن يفخر بانتسابه الى المورث التوفى باعتبار هذا الاخير من طبقة الاشراف أو الحاكمين فيصيب بذلك فوائد أدبية لا تخفى . ومنها أيضاً أن مدعى الورثة انما يريد بها أن يكون وارثاً لفلان حتى يكون كفؤاً لتزوج من الأسرة الغلانية . والكفاءة شرط من شروط الزواج شرعاً

٥٦١ - اذا علم ذلك وجب علينا الاشارة أيضاً الى ما قرره علماء الشريعة الاسلامية فيما يتعلق بسقوط دعوى الارث بمضى المدة . ذلك لأنهم وان اتفقوا في سقوط دعوى الوقف بمدة ٣٣ سنة الا أنهم اختلفوا فيما يتعلق بالارث فبعضهم قال بسقوطها بمدة ١٥ سنة واليك البيان :

جاء في كتابات ابن عابدين ^(١) «القضاء مظهر لا مثبت ويتخصص بزمان ومكان وخصوصة حتى لو أمر السلطان بعدم سماع الدعوى بعد خمس عشرة سنة فسمعها لم ينفذ . قلت فلا تسمع الآن بعدها الا بأمر ، الا في الوقف والارث ووجود عذر شرعى . وبه أفتى المفتى ابو السعود فليحفظ » هذا هو المتن الذي ورد بهامش الصفحة ٤٥٦ . واليك الآن ما قرره ابن عابدين نفسه في شرحه لحد المتن . قال : « لا تسمع الآن بعدها) أى لنهى السلطان عن سماعها بعدها . قد قال السيد الجوى في حاشية الاشياء : أخبرنى استاذى شيخ الاسلام بحجى افندى الشهير بالمتقارى أن السلاطين الآن يأمرؤن قضائهم في جميع ولاياتهم ان لا يسمعو دعوى بعد مضى خمس عشرة سنة سوى الوقف والارث » اه ونقل في الحامدية فتاوى من المذاهب الاربعة بعدم سماعها بعد التهى المذكور

وقال ابن عابدين أيضاً ما يأتى : « قوله الا في الوقف والارث ووجود عذر شرعى » استثناء الارث موافق لما مر عن الجوى ولما في الحامدية من فتاوى احمد افندى المهتد ادى مفتى دمشق انه كتب على ثلاثة امثلة انه تسمع دعوى الارث ولا يمنحها طول للمدة ويحالفه ما فى الخيرية حيث ذكر أن للسثنى ثلاثة مال اليتيم والوقف والغائب ومقتضاه ان الارث غير مستثنى فلا تسمع دعواه بعد هذه المدة وقد نقل

في الحامدية عن المهنداري أيضا أنه كتب على سؤال آخر فيمن تركت دعواها الارث بعد بلوغها خمس عشرة سنة بلا عذر ان الدعوى لا تسمع الا بأمر سلطاني ونقل أيضا مثله فتوى تركية عن الولي أبي السعود وتعليقها: اذا تركت دعوى الارث بلا عذر شرعى خمس عشرة سنة فهل لا تسمع؟ الجواب لا تسمع الا اذا اعترف الخصم بالحق ونقل مثله شيخ مشايخنا التركمان عن فتاوى على افندى مفتى الروم. ونقل مثله أيضا شيخ مشايخنا السامحاني عن فتاوى عبد الله افندى مفتى الروم وهذا الذي رأينا عليه عمل من قبلنا فالظاهر أنه ورد نهى جديد بعدم سماع دعوى الارث والله سبحانه اعلم» ١٥

٥٦٢ - هذا ونضيف الى ما تقدم أن طول المدة في التقادم مما يتعارض في الاوقات الحاضرة مع النهضة العلمية القانونية وان علماء القانون يميلون الى تقصير آجال التقادم هذا. ولا معنى البتة في تقرير مدتين في سقوط الحقوق بشأن التركة. وان قيل بان يد الوارث للمدعى عليه كانت يداً نائبة لا يداً مالكة وان ذلك هو السبب في اطالة مدة التقادم وجعلها ٣٣ سنة، فلا يعبأ بهذا القول. لانه في حالة ما اذا كانت اليد نيابية فلا تملك مهما طال الاجل ما دامت نية التملك منعدمة. وأما اذا تغيرت اليد من يد نائبة الى يد مالكة، وامارات التغيير كثيرة، فان وازع اليد يملك بمدة ١٥ سنة من تاريخ تغير النية وهذا ظاهر

ي. - في آثار التقادم

٥٦٣ - قلنا إن أثر انتقادم الكسب لا يقع من تلقاء نفسه وبمحض سلطة القانون بل لا بد من أن يظهر صاحبه ورغبته في التمسك به. كذلك في حالة التقادم المسقط فانه لا بد فيه من اظهار المدين ارادته في التمسك به. وعلى ذلك فترتب النتائج الآتية:

- (١) لا يجوز للقاضي الحكم بالتقادم من تلقاء نفسه
 - (٢) يجوز التمسك بالتقادم في أى حالة كانت عليها الدعوى
 - (٣) التنازل عن التقادم يصح بعد تمامه لا قبل تمامه والتنازل صريح أو ضمني
 - (٤) يجوز للدائن الدفع بالتقادم عن المدين بدعوى الابطال
- وقد ورد الكلام عليها جميعا فلا نمود الى شرحها

في انتقال الالتزامات ^(١)

كلمة عامة

٥٦٣ — تنتقل الالتزامات من يد الى يد بالرضا أو بسبب الوفاة . فإذا مات أحد الطرفين انتقلت حقوقه وواجباته الى ورثته . وأما انتقال الالتزام بالرضا فيكون من طريق الاتفاق والتراضي عليه بين الدائن والمدين والمحول اليه والاصل عند الشعوب القديمة ان الالتزام شخصي محض ^(٢) وبراى عندائنا انه شخص الدائن وشخص المدين ولذلك كان لا يجوز انتقال الالتزامات بالتراضي ^(٣) . وأما في الجماعات الحاضرة فلا يعول كثيراً على شخصية المتعاقدين ولذا يعتبر الالتزام في الوقت الحاضر مجرد « شئ ذو قيمة » ^(٤) يدخل ضمن مال الدائن بخلاف الالتزام في العصور السابقة حيث كان يعتبر رباطاً بين الدائن والمدين ليستحيل الى سلطة في الامر والنهي ^(٥) . ولذا كان عدم الوفاء من قبل المدين سبباً في إيقاع العقاب به وسومه سوء العذاب كجعله عبداً أو سجنه أو بترعضو منه أو قتله

ولما نمت المدنية وكثرت المعاملات وتشتبت وسائل الحياة زال الاعتبار الشخصي للالتزام وأصبح الالتزام في ذاته مجرد شئ مقوم للمال

وأخذ بنظرية انتقال الالتزامات بعد أن قرر الأخذ بانتقال الحقوق العينية . ذلك لان الحقوق الشخصية حقوق مؤقتة وتزول بالانقضاء . ولذا كان الانتقال فيها أسهل من الحقوق العينية التي كانت في أصلها خالدة دائمة . فإذا أريد تحويل الحق العيني الى مال وجب التصرف فيه بالبيع أو غيره . وإذا أريد تحويل الالتزام الى مال وجب تحصيله أى العمل على زواله . لذا ظهر انتقال الملكية في التاريخ قبل ظهور انتقال الحقوق الشخصية وأصبح لنظرية انقضاء الالتزامات بالوفاء أو بالإكراه المالى

intuitu personae (٢)

transmissibilité des obligations (١)

pouvoir de commandement (٥)

valeur (٤)

intransmissibilité (٣)

من النتائج في الوقت الحاضر ما هو أهم من التأخر في نقل الملكية
ومما تقدم يرى ان نظرية انتقال الالتزامات نظرية عصرية

انتقال الحق في القانون الروماني

٥٦٤ — كان الرومان لا يعرفون من وسائل احلال^(١) دائن محل آخر الا وسيلة الاحالة بالاستبدال^(٢) وهي طريقة لا بد فيها من رضا المدين . ثم قرر الرومان الاستماتة بوسيلة أخرى في نقل الدين^(٣) ، هذه الطريقة هي طريقة التوكيل فيما يعود بالفائدة على الوكيل نفسه^(٤) وهي تنحصر في أن الدائن يوكل شخصاً أجنبياً وهو الحال اليه^(٥) في أن يعمل على تحصيل الدين بالنيابة عنه من المدين مع اعفاء هذا الوكيل^(٦) من تقديم حساب للموكل . ويلاحظ في هذه الحالة انه لا بد من الحصول على رضا المدين ، والسبب في ضرورة هذا الرضاء راجع الى ان انتقال الدين من الدائن الى الاجنبي لا يتحقق ولا يتم بعد التوكيل الا اذا قبل المدين التفاضي من جانب الوكيل فانعدت الخصومة بينهما بما يسمى « الاشهاد على الخصومة »^(٧) بين الوكيل ، وهو الاجنبي ، والمدين . ولما جاء العصر الامبراطوري تعدل هذا النوع من التوكيل وقرر أن انتقال الدين لا يستلزم الوصول الى الاشهاد على الخصومة بل يكفي في اتمامه وتحقيقه مجرد ارسال اعلان أو أخبار^(٨) الى المدين بحصول الانتقال حتى لا يدفع الدين الى الدائن الاصلى (قانون جورديان^(٩) سنة ٢٣٩ بعد المسيح) ثم قرر أيضاً أن مجرد الاتفاق على انتقال الدين ، ولو أنه لا يمس الحق من حيث وجوده تحت يد الدائن المحيل ، الا انه يترتب عليه نقل « الدعوى المفيدة »^(١٠) الى الدائن الجديد الحال اليه . ويتلخص من كل ذلك ان الحق لم يتفصل عن الدائن ولكن انقل الى الحال اليه هو مجرد الفائدة من الحق^(١١) أي في صورة « دعوى مفيدة »

cession de créance (٣) délégation novatoire (٢) substitution (١)
litis (٧) procurator (٦) cessionnaire (٥) procuratio in rem suam (٤)
bénéfice (١١) action utile (١٠) Gordien (٩) signification (٨) contestatio
émolument أو

انتقال الحق في الشريعة الاسلامية

٥٦٥ - لا بد فيه من رضا المدين (المادة ٦٨٢ من المجلة) لان المحال عليه يلزمه المال ويختلف عليه الطلب ولان الحوالة الزام دين عليه ولا لزوم بلا التزام وتصح الحوالة بدون رضا المحال عليه وقبوله في مسألة واحدة وهي فيما اذا استدانت الزوجة الثقة بأمر القاضي لها أن تحيل بها على الزوج بدون رضاه ^(١)

هذا واشترط رضا المدين بالحوالة في الشريعة الاسلامية قد ورد في القانون الاهلي بالمادة ٣٤٩ مدني . أما القانون المدني المختلط فانه لم يأخذ بهذا الشرط (الا فيما بين الوطنيين) كما لم يأخذ به القانون الفرنسي

والحوالة ^(٢) هي عمل قانوني ^(٣) ينقل به الدائن دينه الى المحال (أي المحول اليه) ^(٤) الذي يحل محله في هذا الدين

وقد وردت الحوالة باحد فصول البيع في القانون المصري والفرنسي مختلطاً وأهلياً وذلك لان الحوالة تحصل في الغالب مقابل دفع ثمن لها وهي على هذا الاعتبار صورة من البيع (المادة ٣٤٨/٣٤٤ مدني) ولكن يحصل أيضاً أن تقع الحوالة بلا مقابل وتعتبر هبة ، أو تستعمل أداة للوفاء بغير النقد ^(٥) أو أداة للرهن

ومما يميز الحوالة عن البيع والهبة انها تفترض وجود ثلاثة اشخاص محيل ^(٦) ومحول اليه ^(٧) ومحول عليه ^(٨) بخلاف البيع والهبة فانهما يفرضان وجود شخصين فقط بائع ومشتري ، أو واهب وموهوب اليه

ونرى ضرورة التكلم على الحوالة في نظرية الالتزامات لان الحوالة أصبحت في الوقت الحاضر وسيلة من وسائل الوفاء وأصبحت على الأخص أداة للتعامل بين الافراد ^(٩) لذا كانت الصق بالالتزامات منها بالبيع رغم ورودها في باب البيع

(١) شرح المجلة ج ١ ص ٣٥٠ (٢) cession de créance أو cession - transport
(٣) acte juridique (٤) cessionnaire (٥) datton en paiement (٦) cédant
(٧) cessionnaire (٨) cédé (٩) instrument de crédit

(١) في شروط الحوالة

٥٦٦ - شروط الحوالة ترجع إما للعاقدين وإما للغير

(١) شروط الحوالة بالنسبة للمتعاقدین

٥٦٦ مكرراً - تصح الحوالة في القانون الفرنسي بمجرد الاتفاق عليها . وأما ماقررته المادة ١٦٨٩ مدني فرنسي من شرط آخر وهو تسليم سند الدين ، أي بالسند الكتابي الى المحول اليه فهو شرط لا محل له لان الحوالة صحيحة بمجرد الاتفاق عليها ^(١) بين الطرفين ^(٢) وتسليم السند لم يخرج عن كونه تنفيذاً للاتفاق وفي القانون المختلط تصح الحوالة بمجرد رضا العاقدين (المادة ٤٣٥ مدني . ونصها : « تنتقل ملكية الحق البيع من البائع الى المشتري بمجرد تراضيهما ») وهي في ذلك تحكي القانون الفرنسي

وأما في القانون الاهلي فلا بد في حجة الحوالة من رضا المدين كتابة أي أن الحوالة لا تنعقد قانوناً ولا ينتقل الحق من الدائن المحيل الى المحول اليه الا برضاء للمدين فاذا لم يكن هناك رضا من المدين بالتحويل وقت انعقاد الدين الأصلي أو وقت التحويل فلا يعتبر أن هناك حوالة ولا انتقال حق انما يجوز توجيه اليمين الى المدين على واقعة قبوله بالتحويل أو الاخذ باقراره أي اعترافه ^(٣)

ويلاحظ أن في توقف حجة التحويل على رضا المدين رغم تراضي المحيل والمحول اليه شذوذاً لقاعدة حرية التعاقد بتراضي المتعاقدين

وجرت المادة في الماملات في مصر أن سند الدين الأخوذ على المدين يشتمل دائماً على شرط قبول الدين بتحويل الدين من الدائن لاي شخص يريد ^(٤) وأصبح هذا الشرط مطبوعاً بالسندات الجارية دون أن يميزه المدين أهمية تذكر لانه محكوم

(١) uno consensu (٢) inter partes (٣) avenue المادة ٣٤٩ مدني . ونصها

« لا تنتقل ملكية الديون créance والمقوق المبيعة droit cédé ولا يتبرعها صحيحاً valable الا اذا رضى المدين بذلك بموجب كتابة فاذا لم توجد كتابة مشتملة على رضا المدين بالبائع لا تقبل أو جبه ثبوت عليه غير اليمين » (٤) clause à ordre

بلداتين وقت انشاء الدين وقد يستفاد الرضا بالتحويل ضمناً كما اذا أباح مستحق في وقت لذاته حق قبض استحقاقه من الناظر مباشرة فصرف له الناظر بناء على ذلك التحويل . اذ معنى ذلك قبول الحوالة ضمناً من جانب الناظر لدائن المستحق^(١)

٢) شروط الحوالة بالنسبة للغير

٥٦٧ — يراد بالغير من لم يشترك في الحوالة أو كل شخص له مصلحة في استبعاد التحويل . ولا تسرى الحوالة عليه الا بتوافر إجراء^(٢) خاص يراد به اشهار الحوالة أو اعلانها^(٣) . هذا الاجراء الخاص هو إما اخبار المدين بالحوالة وإما أخذ رضائه بها .

١) اشهار المدين بالحوالة : يجب اديان المخبر بالحوالة على يد محضر^(٤) ويحصل هذا الاخبار إما بمعرفة المحيل أو المحول اليه باعتبار الاول ضامناً للصيغة والثاني مشترياً لها وظاهر أن الاعلان للمدين لا يمكن اعتباره في الحقيقة اشهاراً للحوالة لانه موجه ضد المدين المحول عليه فقط . ولكن فائدة الاعلان بالنسبة للغير ترجع الى أن علم المدين بالحوالة رسمياً يلزمه بتناجج تصرفه مع الغير فاذا جاء هذا الغير وكان مشترياً للمدين وسأل المدين عما اذا كان قد وصله قبل الآن انذار آخر بتحويل سابق ، ثم دلس عليه المدين وأخبره بعدم وصول انذار سابق مع أن الحقيقة عكس ذلك أصبح هذا المدين ملزماً بتعويض قبل هذا المشتري الثاني أو المحول اليه الثاني^(٥) فلا نذار من هذه الوجهة يؤدي بطريق غير مباشر ما يؤديه الاشهار المعروف .

وشروط الاخبار هذا لا أثر له في القانون الاهلي لانه لا يؤدي أى فائدة طالما أن المدين لم يرض بالتحويل من قبل وفائدته انما تظهر في القانون الفرنسى وفي القانون المختلط (المادة ٣٣٦ ، قرة ٢ مدنى)

رضاء المدين بالتحويل —^(٦) الرضاء بالتحويل ينتج نفس النتيجة التي ينتجها الانذار . وتحصل بالكتابة ضرورة . ويجب في الكتابة أن تكون سنداً رسمياً^(٧)

(١) جرائع لوان ، القود ص ٨٨ ن ٢٤٢ (٢) formalité (٣) publicité

(٤) signification (٥) س ، ٩٨ ، ١ ، ١١٣ ومثال « Wahl »

(٦) acceptance (٧) acte authentique

طبقاً للقانون الفرنسى (المادة ١٦٩٠) ولكن الشارحين انتقدوا هذا التشدد الذى لا محل له واقترحوا أن يكون السند عرفياً على شرط أن يكون ثابت بالتاريخ^(١) وهو ما فعله القانون المختلط (المادة ٤٣٦ فقرة ٢ مدنى) والقانون الاهلى (المادة ٣٤٩ فقرة ٢) فيكنى إذا للرضاء فى القانون المصرى أن يكون مدوناً فى سند عرفى ثابت التاريخ بالطرق المقررة فى المادة ٢٢٩/٢٩٤ مدنى

(٣) «الغير» فى الحوالة وتزامم الحاجزين

٥٦٨ - الاخبار المنصوص عنه بقانون المختلط (المادة ٤٣٦ فقرة ١) وبالقانون الفرنسى (المادة ١٦٩٠) والذى لم ينص عليه بقانون الاهلى (المادة ٣٤٩) لم يكن شرطاً لازماً كما قلنا لصحة التحويل فى ذاته اما هو قيد قانونى وضع لحماية الغير ، وهو الاجنبى عن كل من المحيل والمدين كما وضع لحماية للمدين نفسه . ويراد . بالغير هنا من يكتسب حقاً على الدين ، وهو فى المادة محمول اليه ثانٍ خلاف المحول اليه الاول ، أو الدائن المرتب لسند الدين ، أو الدائن العادى الذى أوقع حيزاً تحفظياً أو تنفيذياً على الدين تحت يد المدين وفى ذلك تفصيل نوحزه فيما يأتى :

٥٦٩ - (١) المدين المحمول عليه : للمدين حق الوفاء بدينه الى الدائن نفسه

الى أن يصل اليه الاخبار أو يرضى بالحوالة . ويترب على ذلك ما يأتى :

١ - اذا كان المحول اليه حاملاً سنداً تنفيذياً وجب عليه قبل التنفيذ على أملاك المدين اخبار المدين بالتحويل (المادة ٢٢١٤ مدنى فرنسى) ويلاحظ أن هذه المادة الفرنسية خاصة بنزع الملكية . ولكن القضاء الفرنسى جعل حكمها عاماً على كل عمل تنفيذى^(٢) . انما لا يكره على الاخبار اذا أراد المحول اليه القيام باعمال تحفظية^(٣) قبل المدين المحول عليه

هذا بالنسبة للقانون المختلط والقانون الفرنسى وأما بالنسبة للقانون الاهلى فلا محل لهذا الاخبار كما رأينا

٢ - اذا حصل الوفاء قبل الاخبار صح الوفاء وأصبح حجة على المحول اليه

(١) كولين وكاتبان ج ٢ ص ١٤٨ (٢) كولين وكاتبان ج ٢ ص ١٤٩

(٣) actes conservatoires

(المادة ١٦٩١ فرنسي) وما على هذا الأخير الا الرجوع على المحيل . هذا فيما يتعلق بالاخبار

وأما اذا حصل قبول أو رضاء من المدين بالتحويل فإنه لا يجوز له بعد ذلك الاحتجاج بأنه سبق أن وفى به بعضاً أو كلا الى المحيل ، بل يصبح على كل حال ملتزماً أمام المحول اليه

هذا بشأن القانون المختلط والقانون الفرنسي

٥٧٠ - وأما بالنسبة للقانون الاهلي فإدام أن رضاء المدين بالتحويل شرط لازم لصحة التحويل في ذاته فالوفاء من قبل المدين للدائن وفاء صحيح لأن التحويل يكون باطلا بدون رضاء المدين

أما اذا ذكر رضاء المدين في سند الدين كما يقع كثيراً في المعاملات الجارية بين الافراد فيعتبر السند قابلاً للتحويل ويعتبر أداة للوفاء والتعامل بين الناس^(١) فلا يصح الوفاء الا لمن كان حاملاً له دائماً كان أو محولاً اليه . ويمكن للمدين أن يطلب إلى الدائن التأشير على سند الدين بالوفاء الجزئي أو الكلي أو بأخذ السند منه في الحالة الأخيرة . فإذا وفى المدين دينه للدائن وأكمل هذا الاحتياط ظل السند حافطاً لقوته الاصلية بالنسبة للغير الذي يتحول اليه السند من الدائن ، لأن الغير لا يعلم من أمر الوفاء شيئاً حيث لا توجد إشارة ما بالسند بما يفيد الوفاء . وعلى ذلك يجب عليه أن يدفع قيمة السند مرة ثانية الى المحول اليه ولا عبرة بما سبق له دفعه أولاً ، ولكن له الرجوع على المحيل . ولا يلزم المحول اليه بلخبار المدين بالتحويل لان الاخبار لم يشترطه القانون الاهلي ولأن الاخبار في القانون المختلط والقانون الفردي يمل محل الرضاء في القانون الاعلى بدليل أن حكمه كحكم الرضاء من حيث النتائج القانونية لا من حيث صحة التحويل في ذاته وعلى ذلك لا يعتبر صحيحاً حكم محكمة الاستئناف الصادر في ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٢^(٢) الذي قرر صحة الوفاء الحاصل بعد التحويل عن سند بقطن قابل للتحويل لان المحول اليه لم يعمل على اخبار المدين وإعلانه بالتحويل . والحكم الابتدائي الذي ألغاه هذا الحكم هو الصحيح

٥٧١ - والمبدأ القانوني الذي يجب الرجوع اليه في حل هذا الاشكال هو المبدأ القائل بان القسط هو الاولى بالخسارة والمقصود بالمفرد الذي يكون قد اُهمل في قيمه أو احتياط قانوني يحتمه القانون . ولذلك عند تعارض مصلحة الحول اليه مع مصلحة المدين تجب المفاضلة بينهما من طريق معرفة من هو المقصر منها ، هل هو الحول اليه أم المدين ^(١) . ان الحول اليه وجد سنداً خالصاً من كل شائبة وقابلاً للتحويل ولم يذكر فيه ما يفيد التخالص البمضي أو الكلي فرضى به وهو مطمئن والمدين دفع دينه - قبل التحويل أو بعده بلا تفريق لأن الطرفين لا يختلفان معنا - دون أن يهتم بسحب السند أو على الاقل بالتأشير عليه بما يفيد الوفاء فايها مقصر في نظر القانون ؟ القانون لم يقل بالاخبار فلا يلتزم به الحول اليه ولا يعتبر مقصراً اذا لم يتم به . أما المدين ، وقد رضى أن يكون السند عملة بين الناس بان جعله سنداً قابلاً للتحويل ينتقل من يد الى يد برضاه مقدما وقبوله المثبت في السند فليس له الا أن يلوم نفسه فيما اذا لم يحط في القضاء على جسم السند وقت الدفع اما بالمحصل عليه واما بالتأشير بما يفيد دفع الدين . ولا يصح أن يقتصر له ترك السند تحت يد الدائن السابق بدون تأشير عليه لأن ذلك يجعله معرضاً للتداول بين الایدى وفي ذلك خطر يجب أن يتحمله هو وينجو منه من يتعامل بالتحويل مع الدائن لان هذا حسن النية ولا يمكن أن يعلم شيئاً من السند نفسه ولا يحتم عليه القانون تقديم السند للمدين الا وقت طلب الدفع

٣ - للمدين الحول عليه حق الاحتجاج بالمقاصة عن دين تقرر له عند الدائن قبل الاخبار حتى لو نشأ الدين بعد التحويل (للمادة ١٢٩٥ فرنسي ققرة ٢) واما اذا حصل رضاه من المدين بالتحويل فانه لا يجوز له مطلقاً التمسك بالمقاصة ولو عن دين سابق على الرضاء (للمادة ١٢٩٥ السابقة ققرة ١)

ونص المادة ١٢٩٥ مدني فرنسي ما يأتي : « اذا رضى المدين رضاه مجرداً عن

(١) ويلاحظ هنا انه ظاهر من الحكم ان المدين لم يدفع دعوى الحول اليه قبله بان سند الدين بطن وان الوفاء للدائن كان مشوباً بشكالات تتعلق بالظن ، بل النزاع كان مقصوراً فقط على شرط إخبار المدين أو عدم شرط إخباره

كل قيد وشرط بتحويل الدين الذى أجراه دائته للغير فليس له بعد ذلك ، التمسك ضد المحول اليه بالمقاصة التى كان يجوز له التمسك بها قبل الرضاء بالتحويل . — وأما بالنسبة للتحويل الذى لم يحصل فيه رضاء به من قبل المدين ، ولكنه أعلن به ، فإن هذا التحويل يحول دون التمسك بالمقاصة عن الديون اللاحقة للإعلان أو الاخبار .

هذا بالنسبة للقانون الفرنسى والحكم واحد فى القانون المختلط حيث قررت المادة ٢٦١ أن قبول المدين بالتحويل ينمى بعد ذلك من التمسك بالمقاصة ، سواء كان الدين الذى له سابقاً على القبول أو من باب أولى لاحقاً عليه . هذا فيما يتعلق بقبول بالتحويل . وأما فيما يتعلق بالتمسك بالمقاصة قبل الاخبار فهذا جائز فى القانون المختلط لانه نتيجة من نتائج شرط الاخبار

أما فى القانون الاهلى فقد قررت المادة ١٩٧ مدنى بأنه اذا رضى المدين بالتحويل عن دين قد زال بالمقاصة فليس له بعد ذلك التمسك بالمقاصة قبل المحول اليه . لان فى قبوله بالتحويل تنازلاً منه عن التمسك بالمقاصة

وهذا هو غير ما قررته المادة ١٢٩٥ الفرنسية فترة أولى . وأما الفقرة الثانية من هذه المادة فلا أثر لها فى القانون المصرى وهى القائلة بأن المدين ممنوع من التمسك بالمقاصة عن دين تقرر له بعد الاخبار . ومعنى ذلك أن له حق التمسك بالمقاصة عن دين تقرر له قبل الاخبار وما دام أن لا إخبار بالقانون الاهلى فهل يجوز مع ذلك للمدين الاهلى حق التمسك بالمقاصة عن دين له قبل الدائن قبل التحويل ، أو بعده ؟ الذى نقول به انه لا يجوز له التمسك مطلقاً بالمقاصة لا قبل التحويل ولا بعد التحويل لان فى رضاء المدين بالتحويل تجزئاً للسند من كل قيد ودفعاً لقيوده فيما بعد . ورضاءه بالتحويل يقع تحت طائلة المادة ١٩٧ اهلى ٢٦١ مختلط أى لا يجوز له التمسك بالمقاصة مطلقاً بعد القبول منه بالتحويل سواء كان قبوله حاصل وقت انشاء الدين بالسند الاصلى أو بعد إنشائه بنفس السند أو بورقة منفصلة . لان الرضاء بالتحويل ينتج نفس النتائج التى ينتجها الاخبار فى القانونين الفرنسى والمختلط . وفى رضاء المدين الاهلى بالتحويل بأصل السند معنى التنازل عن التمسك بالمقاصة فيما بعد سواء وقعت قانوناً قبل التحويل أم بعده انما اذا أراد المدين الانتفاع من المقاصة

الحاصلة قبل التحويل فما عليه الا مقاضاة دائته ولكن اذا قلناه ثم حول الدائن السند الى الغير أثناء المقاضاة دون علم من المحول اليه وجب عليه مع ذلك دفع الدين الى هذا الاخير

مما تقدم يمكن أن يرى أن الشدة في القانون الاهلي أظهر منها في القانون المختلط والقانون الفرنسى . لانتنا علمنا ان الوفاء بعضا أو كلا ، والمقاصة أيضاً ، كل ذلك صحيح قبل الاخبار في القانون المختلط والقانون الفرنسى . وأما في القانون الاهلي فقد قلنا بأنه ما دام الاخبار لم يشترطه القانون وما دام السند قابل للتحويل برضاء المدين مقدما فلا يصح التمسك بالوفاء الجزئى أو الكلى أو بالمقاصة في وجه حامل السند . أليس في ذلك تشدد لا مبرر له ؟ فهل يصح القول بان القانون أراد بشرط رضاء المدين في صحة التحويل خدمة للمدين الاهلي ؟ أليس هذا الشرط أقوى بكثير من شرط الاخبار ؟ فكيف بلوسيلة المقررة لزيادة حماية المدين تنقلب ضده وتكون أشد أترأ من الاخبار ؟ الرد على ذلك أن المدين برضائه بالتحويل مقدماً قد جعل سند الدين كورقة مصرف مالى أو كورقة تتود يتعامل بها الافراد من طريق الوفاء الى بعضهم البعض . فهو كسند قابل للتحويل مثل الكبيالة التجارية أو سند تحت الاذن . وهو في هذه الحالة يشبه تماما السند الذى يرضى المدين بالتحويل فيه في القانونين الفرنسى والمختلط ، لانه من الثابت أنه بعد الرضاء بالتحويل في هذين القانونين يمنع المدين من التمسك بأى وفاء أو مقاصة ولا فرق بين ما اذا كان الرضاء فيها وقت إنشاء الدين وبالسند نفسه أو بورقة أخرى بعد حصول الدين

هذا فيما اذا كان سند الدين سنداً بمبلغ معين منقطع . اما اذا كان سند الدين مبلغا باقيا من ثمن صفقة مثلا ومينا بقصد البيع ذاته جاز للمدين في هذه الحالة أن يتمسك قبل المحول اليه بكل طرق الدفاع التى كان له أن يتمسك بها ضد البائع^(١) الا اذا تبين من الظروف بان المشتري تنازل أيضا عن التمسك بالدفع ثم رضى بالتحويل

وعلى ذلك فيجب التفرقة بين السنتين سند بمبلغ قابل للتحويل — منقطع — لارابطة تربطه بأى شئ آخر كسواء أو بيع أو رهن . وسند بمبلغ قابل للتحويل ولكنه

مرتبط بشراء أو بيع أو غير ذلك . فالأول كالمعاملة في التداول بين الناس لا يجوز للمدين فيه الاحتجاج بأى شيء . وأما الثانى فلا ، والفرق ظاهر لان المحول اليه في الحالة الاولى لا يعلم شيئا عما هو مستور في الخفاء بشأن السند وأما في الحالة الثانية فان السند نفسه يبيعا كان أو غيره يتم عما يحتمل أن يقع له فيما بعد من الاشكالات . فالمحول اليه في هذه الحالة الاخيرة مجازف وعليه نعمة عمله وليس له أن يشكو مما يدفع به المدين في وجهه من الدفع الخاصة بهذا الدين للشخص بالسند من أنه بقى من ثمن قطن أو عتار أو غير ذلك

٥٧٢ - ٢) محول اليه آخر : ومن الغير ما اذا تحول الدين من الدائن الى محول اليه آخر . وهنا يتزاحم محول اليهما اثنان . ولا عبرة بتاريخ التحويل بل العبارة (في القانون الفرنسى والمختلط) بن كان أسبق منهما في الاخبار أو في الحصول على رضاء المدين . وأما في الاهلى فالأفضلية بينهما ترجع لمن سارع منها الى القيام بالأعمال اللازمة في تحصيل دينه من قبل الدين إما بالاخبار اذا كان السند مشتملا على رضاء سابق وإما بأخذ قبول من المدين (ويلاحظ أن الاخبار أو القبول ليس هنا بلامى القانونى الذى أرادته الشارع الفرنسى أو المختلط) أى اجراء عمل يرتبط به المدين نحو أحدهما دون الآخر .

٥٧٣ - ٣) الدائن المرتهن : اذا تنازع الدائن المرتهن بالحيازة ^(١) مع محول اليه آخر وجب التفاضل بينهما فيفضل من كان منهما أسرع من الآخر فى احاطة المدين علما بوجود سند الدين تحت يده

٥٧٤ - ٤) الدائن العادى الحاجز : ^(٢) لكل دائن عادى حق الحجز تحت يد المدين على ما عليه من الدين لدائنه وهو مدين الدائن الحاجز . وذلك على شرط عدم سبق التحويل وشرط عدم اعلان المدين به أو أخذ رضاء منه بالتحويل

لان الحالة تنال ملكية الدين فلا يصح من بعدها الحجز^(١)
 واذا حصل الحجز أولاً ثم حصل اعلان المدين بالتحويل فماذا يكون الحكم ؟
 هل يكون تأثير الحالة قاصراً فقط على الباقي من الدين بعد استيفاء حق الدائن المجاز ؟
 سبق لنا أن رأينا أنه كان من المقرر في القانون الفرنسي اقديم أن للحاجز الاول
 امتيازاً على ما حجز عليه وانه لا يلحقه ضرر ما من اخبار صادر من المحول اليه الى
 الدين المحجوز تحت يده . وان هذا الاخبار لا يستفيد إلا من الباقي بعد استيفاء
 الحاجز الاول

٥٧٥ - والحال كذلك في الوقت الحاضر اذا حصل التخصيص قبل الحالة اذ
 يقرر اتمانن الفرنسي الصادر في ١٧ يوليو سنة ٩٠٧ (بجرا آت خاصة به) والمادة ٤٨٥
 مرافعات مختلط بأنه يجوز للدائن المحجوز على مبلغ تحت يده مدينه أن يأخذ الباقي بعد
 استنزال ما يوازي المبلغ المحجوز من أجله وفي هذه الحالة يبقى للحاجز حق امتياز لمبلغه
 على القدر المحجوز عليه بحيث لا يؤثر عليه أي حجز ما فيها بعد
 وكذلك الحال بالنسبة للقانون الاهلي متى حصل التخصيص أيضاً وذلك لان
 المادة ٤٢٣ مرافعات تعاقب المادة ٤٨٥ مرافعات مختلط سواء بسواء

أما اذا لم يحصل تخصيص فن المجاز لا يمتاز وبذلك تجوز الحالة بباقي الدين
 كما تجوز بكل الدين وذلك لكونه بقياً على ملك المدين ويعتبر الغالب بمثابة حاجز ثان
 فاذا فرض وكان مقدار الدين ١٢٠ جنيتها وتوقع حجز من زيد الدائن المعادي بمبلغ
 ٦٠ جنيتها ثم جاء بكر المحول اليه بالدين كله وطلب ١٢٠ (وهو يريد إعادة بانذار المدين
 بالتحويل) فهل لا يستحق الا ٦٠ جنيتها وهو الباقي بعد استنزال دين زيد ؟

ان بكراً يعتبر دائناً للمحلل لانه بمجرد حصول التحويل تشتغل ذمة المحلل
 بقيمة التحويل المحول اليه وهو بكر . واعلانه للمدين بالتحويل يعتبر كالحجز تحت

(١) راجع تنفيذ الدكتور ابو هيف بك بند ٥٦٥ و ٥٦٧ ويقول : اذا حصلت حالة ثم
 اعقبها حجز واحد أو أكثر فلا شك ولا جدال في ان الحجر الواحد أو المحجوز للمعدة لا يقع
 صحيحه الا على ما زاد من بعد قيمة الحالة . فان كانت الحالة بالدين كله فهي صحيحة بكل الدين
 وما يأتي بعده من المحجوز يكون عادم المحل وان تبقى شيء من الدين بعد الحالة فلا يكون المحجوز
 تأثير الا على هذا الجزء . - راجع تنفيذ الدكتور عيد الفتاح بك السيد ص ٢٥٠ ن ٢٣١

يد المدين سواء بسواء وما دام أنه لا امتياز الانبص قانوني فلا يعتبر زيد الدائن العادى المجاز الاول مختصا دون غيره بما حجز عليه ^(١) وعلى ذلك يجب على زيد أن يتقاسم مع بكر المحول اليه المبلغ المحجوز عليه كله كل بقدر نصيبه (٤٣٢/٤٩٤ مرافعات) وبما أن دين بكر ضعف دين زيد فيقسم مبلغ الـ ١٢٠ جنيا على ثلاثة أقسام : قسم وقدره ٤٠ جنيا لزيد وقسمان وقدرهما ٨٠ جنيا لبكر المحول اليه

٥٧٦ — ولكن ما القول فما اذا جاء دائن عادى آخر وهو خالد وأوقع حجزاً بمبلغ ٦٠ جنياً بعد المحول اليه (أى بعد الاخبار الصادر من المحول اليه الى المدين أو بعد قبول الحوالة من المحجوز لديه ؟)

انه لا يمكن اعتبار الثلاثة زيد وبكر وخالد في مرتبة واحدة ومستوى واحد : ذلك لان بكرًا وخالدًا كلاهما يعتبران جزءاً بالنسبة لزيد ولكن خالدًا لا يعتبر بالنسبة لبكر ، وهو المحول اليه ، ذا حق قبله لان حجزه لم يصادف ديناً مملوكاً لمدينه اذ من شأن التحويل أن يخرج الدين من مال المحيل (وهو مدين خالد) وقد ثبت خروج الدين من مال المحيل بواسطة اخبار المدين به من طريق الاعلان أو طريق أخذ رضائه وثبت ذلك قبل حصول حجز خالد

وهنا تعددت الطرق التي أريد استخدامها في كيفية توزيع المبلغ المحجوز عليه على المجازين ^(٢) وأفضلها الطريقة التي قال بها القانون للمصري بالمادة ٤٣٣/٥٩٥ مرافعات والتي قررها فريق نظايم من شارحي القانون الفرنسى . وهذه الطريقة هي ما يأتى كنص المادة المذكورة : « اذا وضع الحجز على مال المدين عند الغير ثم أحل المدين أجنبياً بآثر ائذ له عند المحجوز لديه أو بعضه وأعلنت الحوالة اعلاناً صحيحاً ثم ظهر بعد ذلك مدينون آخرون ووضوا الحجز فهو لاء يتعاضون ^(٣) مع المجازين السابقين ومع المحتال بشرط أن ينقص من حصة كل من المجازين المتأخرين قدر ما يفي بأتمام مبلغ الحوالة كل منهم بحسب ما يخصه بالنسبة لدينه ^(٤) »

(١) الا اذا كان قد سبق له أن أخذ حكماً بتأييد الحجز وذلك في فرنسا اما في مصر فالحكم بحصة الحجز لا ينتج هذا الاثر على ما تراه اقلية المحاكم والشرح
(٢) مقال تيسيه Tissier : س ١٠٩٩ ، ٤٠١ - (٣) concurrent (٤) راجع
لللاحظت على ترجمة هذه المادة في كتاب التتيد لـ دكتور ابو هيف بك جد ٥٦٨٠ حيث جاء ان جملة

وعلى ذلك يقسم مبلغ الـ ١٢٠ جنيتها على الثلاثة زيد وبكر وخالد بالكيفية الآتية وبما أن لبكر ضعف ما لزيد وخالد فيجب تقسيم المبلغ على أربعة أقسام . لكل من زيد وخالد قسم وقدره ٣٠ جنيتها ولبكر قسمان وقدرهما ٦٠ جنيتها ويجب أن يماثل بكر هنا كانه مزاحم فقط مع زيد إذ أننا قلنا بأن حيز خالد لم يصادف ديننا باقيا في مال مدينه بعد حصول التحويل واعلان المدين أو رضائه به . وقد رأينا أن نصيب بكر هذا عند ما كان مزاحما لزيد فقط هو ٨٠ جنيتها فينقصه الآن حينئذ ٢٠ جنيتها فيأخذها من نصيب خالد فيتبقى لهذا الأخير ١٠ جنيتها فقط لانه جاء متأخراً . هذا هو تفسير المادة ٤٣٣/٤٩٥ مرافعات

وقد جرى القضاء الفرنسي على انه اذا كان السند قابلا للتحويل ^(١) سواء كان تجارياً أم مدنياً ، فانه لا حاجة فيه لا الى أخذ رضاء من المدين ولا الى اعلانه ليكون التحويل صحيحاً ^(٢)

وهذه هي حالة التحويل برضاء المدين في القانون الاهلي . لان السند بهذا الرضاء يصبح سنداً عادياً قابلاً للتحويل تخشى عليه أحكام القضاء الفرنسي الذي أشرنا اليه ^(٣) كذلك اذا كان السند لحامله ^(٤) فانه يحول بمجرد تسليمه من يد ليد (المادة ٣٨ / ٤٤ تجاري و٣٥ فرنسي)

٥٧٧ — واذا كان الدين تجارياً ولم يثبت بسند تجاري فيجوز فيه التحويل طبقاً للمادة ٤٣٧ مدني مختلط وللشروط التي قررتها ونصها ما يأتي : « في المواد التجارية تحويل الدين الذي لم يكن بسند تجاري يكون معتبراً بالنسبة للغير اذا ثبت اعلان التحويل للمدين أو قبوله بتقضى دفتر محررة حسب اتمانون أو بأوجه الثبوت المقبولة في المواد التجارية » ولم يرد هذا النص مثيل لافي القانون التجاري الاهلي ولا في القانون

« أحوال المدين - نبيذاً للرائد » غير واردة في الاصل الفرنسي الذي اكتفى بقوله « اذا حلت حوالة » كذلك يلاحظ ان المادة الاهلية فيها خطأ تنريبي حيث ذكرت « إعلان حوالة » مع ان الحوالة لا تكون في ائتمان الاهلي الا بالرضاء ولا تكون بالاعلان كما في المختلط والفرنسي

(١) endossement (٢) ٢٤٩٠، ١٠، ٧٨، د وقال « بودان Beudant » . . . س . ٧٨ ٢٩١، ١٠، ٩٣، د . ٣٠٩، ١٠، ٩٤، س (٣) ٤٩٦، ١٠، ٩٤، د جرانغولان في العقود

س . ٢٥٩، ٥٩٥ (٤) titre au porteur

التجارى الفرنسى ولكن يجب الأخذ به فى مصر لأنه يقرر قاعدة عامة ترجع للاثبات التجارى بمصر^(١)

٥٧٨ — وفى القانون الالماني يعتبر التحويل صحيحاً بالنسبة للغير وبالنسبة للمدين بمجرد الاتق على التحويل ودون حاجة الى أخبار أو رضاء (المادة ٣٩٨ ألمانى) على أن هناك نصوصاً خاصة بالمدين حسن النية فيما اذا دفع الدين للدائن دون أن يعلم بالتحويل (المواد ٤٠٦ ألمانى) ولم يقرر الاخبار فى هذه الحالة الا ايذاناً للمدين حىء النية فيما اذا دفع للمحيل^(٢)

وقرر القانون الفرنسى والبلجيكي ضرورة اشهار التحويل فى مصلحة الغير
قرر النانون البلجيكي تسجيل تحويل الديون المقاربة وقرر القانون الفرنسى الصادر فى ٢٣ مارس سنة ١٨٥٥ ضرورة تسجيل كل حكم أو عقد خاص بالتخلص من دين أو تحويله اذا بلغت قيمته ايجار ثلاث سنوات مقدماً حتى يكون ذلك حجة على مشتري العقار والدائنين المرتهين

٥٧٩ — وقرر القانون المصرى بالمادة ٣ ٦ / ٧٤٠ مدنى تسجيل سندات الاجرة الممجة اذا زادت عن ثلاث سنوات . ويجب الأخذ فى هذه الحالة بطريق المشابهة مع القانون افرنسى فى ضرورة تسجيل تحويل هذه السندات أيضاً اذا زادت قيمة الايجار المدين بها عن ثلاث سنوات^(٣) هذا ولم يشر قانون التسجيل الصادر فى ٢٦ يونيه سنة ٩٠٣ رقم ١٨ و ١٩ الى تسجيل تحويل الايجار اذا زادت قيمته عن ثلاث سنوات مقدماً

فى آثار التحويل

٥٨٠ — يترتب على التحويل من الآثار ما يأتى .

(١) للمحول اليه مطالبة المدين بجميع الدين لا بما دفعه للمحيل فى الحقيقة . وهذا يخالف ما سبق ان قرر له بشأن الحلول

(١) جرائمولا فى العقود ٢٥٢ ن ٩٢ — كولين وكابان ج ٢ ص ١٥٢

(٢) جرائمولا فى العقود ص ٩٢ ن ٤٥٥ . (٣) جرائمولا فى العقود ص ٩٣ ن ٢٥٦

(٢) يستفيد المحول اليه من جميع التأمينات الضامنة للدين (المادة ١٦٩٢ فرنسي) ويجب الاخذ بذلك في القانون المصري لاتنا قررنا بان هناك فرقاً بين التحويل والاستبدال اذ بالاستبدال يزول الدين اقدم مع تأميناته (الا اذا اتفق على خلاف ذلك) وأما التحويل فهو بيع يشمل الشيء اللقيم وما حقمن التأمينات. واذا كان السند المحول سند تنفيذ جاز للمحول اليه التنفيذ مباشرة على املاك للمدين

(٣) يجوز للمدين الاحتجاج على المحول اليه بما كان محتج به على المحيل فيما اذا ادعى بمحصول غش أو اكره ^(١) وفي هذه الحالة يختلف التحويل عن الاحالة ^(٢)

(٤) على المحيل أن يضمن المحول اليه وذلك فيما يتعلق بأصل الدين ووجوده لا فيما يتعلق بيسر الدين (المادة ٣٥١ / ٤٣٩ مدني ١٦٩٣ فرنسي) وهذا مطابق في الغالب لغرض التعاقد لان المحيل يرمى في التحويل غالباً الى أن يفلت من احتمال عدم قبض دينه ^(٣) ويرى المحول اليه الى الحصول على الدين برمته ولذا يعتبر المحول اليه مضارباً . ويجب على المحيل أن يضمن أيضاً وجود التأمينات في ذاتها لا كفايتها أو يسر الكفيل فاذا أعسر الكفيل فلا يرجع المحول اليه على المحيل ^(٤) وعلى كل حال لا يرجع المحول اليه إلا بقدر ما دفع (المادة ٣٥١ / ٤٣٩ مدني)

ولكن هناك أحوالاً لا يتقبل فيه حل الضمان على المحيل اذ يضمن فيها المحيل يسر المدين . ويحصل ذلك في حالة القسمة أخذاً بلماعدة القائلة بان المساواة قوام القسمة ^(٥) (المادة ٨٨٦ مدني فرنسي) وذلك لان القسمة ليست من أعمال المضاربة

ويحصل الرجوع على المحيل فيما اذا لم يوجد الدين أصلاً أو وجد ثم انقضى وزال . ويرد المحيل ما أخذه مع التعويض ان كان له محل ويشمل التعويض ما فات المحول اليه من الكسب ^(٦) وهو الفرق بين ما دفعه وقيمة الدين الاصلية ويجوز أن يضمن المحيل يسر المدين في الحال والمستقبل على شرط النص بذلك في التحويل

(١) د . ١٠٩٠٤ . ١٠٢٨٠ - س . ١٠٩٠٧ . ١٠٤٤٣ (٢) délégation

(٣) aléa du recouvrement (٤) د . ١٠٩٠٧ . ١٠٤٤٩ - س . ١٣١٠٢٠٩٨

(٥) l'égalité est l'âme du partage (٦) lucrum cessans

هذا ولا يقبل رجوع المحول اليه الا بعد تجريد المدين^(١)

في تحويل المزايم

أو الحقوق المتنازع فيها

٥٨١ — يجوز تحويل المزايم أى الحقوق المتنازع فيها^(٢) أو تحويل مجرد الحقوق المتنازع فيها^(٣) وفي هذه الحالة لا يضمن المحيل لا وجود الدين في الاصل ولا وجود الحق (المادة ٣٥٣/٤٤١ مدنى) ولم يرد لهذا النص المصرى مقابل في القانون الفرنسى ولكن القضاء الفرنسى أقره^(٤)

ويقال للحق مزعوم اذا نص عليه في عقد الحوالة أو قام بشأنه نزاع أمام القضاء . وفي هذه الحالة يجوز للمدين اكره المحول اليه على قبول المبلغ الذى دفعه ثمتاً لصفة التحويل وفوائدها القانونية والمصاريف التى يكون قد تحملها المحول اليه وهذا ما يسمى استرداد الحق المتنازع فيه^(٥) (المادة ٣٥٤/٤٤٢ مدنى) اللهم الا اذا تنازل المدين عن هذا الحق صراحة أو ضمناً
انما يحرم المدين من هذا الحق في ثلاث أحوال

١ (اذا كان البيع حاصلًا لأحد الشركاء في الحق المتنازع فيه سواء كانت الشركة في تركة أم في غير تركة : — ٢) اذا كان البيع حاصلًا من مدين الى دائته وقاء للمدين . — ٣) . اذا كان الفرض من عقد التحويل منع حصول دعوى^(٦)

التخارج

٥٨٢ — يجوز بيع الاستحقاق في التركة ويشمل هذا البيع ما للتركة من الديون والفوائد المقبوضة والمصاريف والديون المدفوعة من وقت افتتاح التركة ما لم يكن هناك شرط يخالف ذلك (المادة ٣٥٠/٤٣٨ مدنى)^(٧) ويسمى البيع

(١) كولين وكابنان ج ٢ ص ١٥٤ (٢) prétentions à une créance (٣) prétentions à un droit incorporel (٤) كولين وكابنان ج ٢ ص ١٥٤ (٥) retrait litigieux (٦) راجع في كل ذلك المادة ٣٥٥ / ٤٤٣ مدنى . - نرح القانون المدنى لنتحى باشا زغلول

ص ٢٦٢ - ٢٦٣ . - جرانولان في العقود ص ١٠٤ - ١٠٦ ن ٢٩٢ - ٢٩٩ (٧) جرانولان في العقود ص ١٠٢ - ١٠٤ ن ٢٨٤ - ٢٩١

بالتخارج أى بيع الوارث نصيبه في التركة جزافاً^(١) ويضمن البائع صفته في الوراثية ووجود التركة بالذات

في الفرق بين المادة ٣٤٩ / ٤٣٦ والمادة ١٦٠ / ٢٢٤ مدني

٥٨٣ — رأينا في الوفاء أن المادة ١٦٠ / ٢٢٤ مدني تجيز لغير المدين الوفاء بمدين هذا الأخير بالرغم منه . والدافع أن يرجع بما دفعه على المدين ورأينا الآن أن تحويل الدين من الدائن ، أى قبض الدين من جانب الغير ، غير جائز إلا بإرضاء المدين (المادة ٣٤٩ / ٤٣٦ مدني) فالمادة ١٦٠ / ٢٢٤ تجيز الوفاء من الغير برغم ارادة المدين والمادة ٣٤٩ / ٤٣٦ لا تبيح الوفاء من الغير بغير ارادة المدين . فالتناقض ظاهر بين النصين

ولكن في الحقيقة لا تناقض لأن لكل نص مجالاً يعمل فيه لا يتعداه اذ الوفاء في المادة ٣٤٩ / ٤٣٦ من طريق التحويل يرمى به المحول اليه الى الكسب والمضاربة بما دفعه جزءاً من الدين أملاً في أن يتقاضى كل الدين فيخرج بالفرق بين مادفه حقيقة وما سيأخذه من المدين^(٢) أما الوفاء في المادة ١٦٠ / ٢٢٤ فلا يرمى فيه الغير الى كسب أو غنم نصيبه من هذا العمل ، إنما هو يؤدي الى خدمة لصاحبه سواء كان المدين أم الدائن

ولكن ان سحت هذه التفرقة من الوجبة النظرية فإن الاخذ بها عملياً مخوف بالمصاعب . نعم ولو أن ظروف الدعوى تهم عن آثار المضاربة أن كان الغرض مضاربة الا أن الظروف تدق دائماً الى حد يتعذر الوقوف فيه على حقيقة الامر . ويظهر أن كلمة تحويل التي ترد بذيل السند أو بظهوره للاجازه للدافع بتحصيل الدين من المدين جعلت القضاء يميل عملياً الى اعتبار الوفاء من الغير مضاربة لخدمة لصاحبه

في تحويل الدين من جهة المدين

٥٨٤ — ما قلناه خاص بتحويل الحق أى حق الدائنية من جهة الدائن وهو

(١) شرح القانون المدني لتحتي بلشا زغلول ص ٢٦٣ (٢) حكم ابتدائي ١٦ مارس سنة ١٩١٩ المجموعة سنة ١٩١٩ ص ١٣٨ . - مجموعة عياني ص ٢٥٢ ن ١١٦٧

ما يسمى بالتحويل من الجهة الايجابية^(١) . وهك تحويل آخر يسمى بتحويل الدين من جهة الدين ويسمى بالتحويل من الجهة السلبية^(٢) . هذا النوع من التحويل ظل مجهولاً زمن طويلاً اذ لشخصية الدين أثر ظاهر في ربط التزامه بالدائن . وان صح هذا الاثر في اعتبار شخصية الدين في بعض الالتزامات الخاصة باجراء عمل معين يلزم به للدائن ، فانه لا يقوم لشخصية للدائن أثر ما فيما عدا هذه الالتزامات الخاصة باجراء عمل ، لان المول عليه في الالتزام هو الوفاء به نفسه بصرف النظر عن للدائن شخصياً سواء كان الذي يفي بالتزام زيد أم بكر مادام الوفاء واحداً في الاثنين . على أن هناك بعض أحوال تظهر في مجال العمل ويرى فيها للدائن مصلحة ظاهرة له في أن يحل محله مدين آخر يقوم بالوفاء بالنيابة عنه وبذا يخرج هو عن دائرة الالتزام وينتحرر منه قطعياً : يحصل ذلك في حالة التنازل لآخر عن محل تجارى^(٣) أو التنازل لآخر عن عقار مرهون . ففي الحالة الاولى يتناول التنازل للدائن برتبة أى كل ما على المحل التجارى من الدين . وفي الحالة الثانية يحصل التنازل بشكل خاص عن الدين باعتبار أن الرهن الواقع على العقار تابع لهذا الدين . اذ مما يضر للدائن أن يظل بعد التنازل عن العقار ، أى بعد بيعه ، ملزماً بالدائن ، مع أن العقار الضامن للدائن أصبح في يد المشتري . أليس الافضل في هذه الحالة أن يتحمل مشتري العقار عبء القيام بالوفاء بالدائن الى الدائن باتباره كفيلاً شخصياً عن دين مضمون بعقار ؟

أن تحويل الدين هذا من قبل الدين قد أخذ به اتمانون الالمانى (المواد ٤١٤ - ٤١٩ مدنى) ورتب له قواعد وأحكاماً^(٤) ويحصل التحويل^(٥) بعقد بين المحيل والمحول اليه . ولأجل ان يكون لهذا العقد أثر قبل الدائن يجب أخذ رضائه به^(٦) . ويحصل هذا الرضا إما مقدماً قبل العقد وعقد التحويل وأما بواسطة اخبار الدائن^(٧) بمعرفة المحيل وهو للدائن ومن شأن هذا الرضاء أن يكون له أثر رجعى يتبدى من وقت التحويل . وعلى الاخص فانه في حالة تحويل الدين الخاص بعقار مرهون فإن رفض الدائن بالرضا لا يؤخذ به الا في مدة معينة . ذلك لان القانون يفترض رضا

(١) cession de créance (٢) cession de dette (٣) fonds de commerce (٤) reprise de dette (٥) notification (٦) adhésion (٧)

الدائن وقبوله بالتحويل^(١) باعتبار أنه يتساوى امامه من يقوم بالوفاء سواء كان للدين الاصلى أم من يحل محله

ومن المميزات الخاصة لتحويل الدين من جهة المدين في القانون الالماني أنه لا لا يمس الدين المحول به في شيء ما أي أن الدين الذي كان للدين الاصلى ملازماً به هو بعينه الدين الذي يلتزم به من حل محله . و يترتب على ذلك ما يأتي : (١) يجوز للحول اليه أن يتمسك في وجه الدائن بجميع الدفوع ووسائل الدفاع التي كان يدفع بها نفس المحيل . (٢ -) تبقى التأمينات الضامنة للدين قائمة ضد المحيل . هذا هو الاصل . ولكن هناك تفصيلات أخرى مفيدة لبقاء هذه التأمينات لا محل لذكرها هنا

هذا ولا يوجد بالقانون الفرنسي ما يحكي هذا التحويل أي تحويل الدين . من جهة المدين من طريق بيع المدين لحقه للغير كما في حالة بيع للدين اعقاره المرهون . وكذلك لا يوجد في القانون المصري ما يشابه المبدأ القانوني الالماني . انما المعروف في فرنسا وهما الاستبدال^(٢) بتغيير للمدين^(٣) ولكن هناك فروق عظيمة بين الاستبدال هذا مصرياً كان أو فرنسياً ، وتحويل الدين الالماني . نعم ولو أن في الاستبدال يأتي مدين جديد ويمثل محل المدين القديم ولكن الأثر في الاستبدال لا يظهر الا وقت حصوله أي وقت رضا الثلاثة معا وهو الدائن والمدين القديم والمدين الجديد . وفوق ذلك فإن في الاستبدال يزول الدين القديم ويحل محله دين جديد أي أن الدائن يفقد التأمينات التي كانت ضامنة لدينه القديم . هذا ولا يجوز في الاستبدال للمدين الجديد أن يدفع في وجه الدائن بالدفوع التي كانت خاصة بالمدين القديم^(٤)

في الالتزامات المركبة

٥٨٥ — القسم الاول الذي مر الكلام عليه خاص بالالتزامات البسيطة ^(١) وأما هذا القسم فهو خاص بالالتزامات المركبة ^(٢) أى الالتزامات التى يحفظها شرط أو أجل أو يتعدد فيها طرفها ^(٣) أو يتعدد فيها محلها ^(٤) وسنتكلم هنا على كل صورة من هذه الصور المختلفة للالتزامات المركبة

الشرط

(١) فى أركان الشرط ومقارنته بالأجل .

٥٨٦ — لكلمة الشرط ^(٥) جملة معان : إما أن تفيد الأركان اللازمة لانقضاء العقد كإرضاء والاهلية الخ (المادة ١١٠٨ فرنسى) وإما أن تفيد التكليف ^(٦) ولكن المعنى الاصلى للشرط وهو المعنى القانونى باعتباره مؤدياً لفرض قانونى خاص هو الشرط عبارة عن جعل رابطة قانونية مامعلقة وجوداً أو عدماً على تحقيق حادث مستقبل غير محقق ^(٧) وعلى ذلك يعتبر العمل القانونى المعلق على شرط ^(٨) عملاً غير محقق النتيجة طالما أنه لا يعلم ما اذا كان الحادث الذى يرجع اليه العمل القانونى فى وجوده وفى عدمه سيقع أو لا يقع

ولذا يجب فى الحادث موضوع الشرط أن يكون فى آن واحد مستقبلاً وغير محقق . قالت المادة ١٠٣ / ١٥٧ مدنى و ١١٦٨ فرنسى : « يجوز أن يكون التعهد معلقاً على أمر مستقبل أو غير محقق يترتب على وقوعه أو عدمه وجود ذلك التعهد أو تأييده أو منع وجوده أو زواله » ويلاحظ على هذه المادة أنها ذكرت عبارة « أمر مستقبل أو غير محقق » بدلا من أن تذكر « أمر مستقبل وغير محقق » وهذا خطأ فى النسخة العربية والنسخة الفرنسية أيضا ^(٩) والسبب فى ذلك أن القانون المختلط وقع فيه أولاً ولم يقع فيه الشارع الفرنسى ^(١٠)

(١) obligations simples (٢) obligations complexes (٣) sujets
(٤) objets (٥) condition (٦) charges (٧) événement futur et incertain
(٨) acte juridique conditionnel (٩) شرح المدنى لفتحي بلشا زغلول

من ١٤٩ (١٠) هذا وقد تنق أحياناً التفرقة بين الشرط والأجل . وفى هذه الحالة يجب

٥٨٧ — قلنا ان الحادث موضوع الشرط يجب أن يكون مستقبلا وغير محقق، فإذا لم يكن كذلك وجب أن لا يعتبر شرطا كما في الاحوال الآتية :

(١) اذا تعلق الشرط بأمر وقع بالفعل دون أن يعلم العاقدان بسبق وقوعه . في هذه الحالة لا يعتبر أن هناك شرطا لان عدم تحقق الشرط لم يخرج عن اعتقاد العاقدين أو ظهما . اذ الحقيقة ان الشرط تحقق من قبل ^(١) مثلا بتلك هذا المنقول اذا نجح ابنك في امتحان البارحة وكنا نجهل معاً نتيجة امتحان البارحة فاذا فرض وهلك المنقول ونجح ابنك في الامتحان فضاء الملاك على المشتري (المادة ١١٣٨ فرنسي و ٢٧١ / ٣٤٢ مدني) ^(٢)

وعلى العكس من ذلك فيما اذا اعتبرنا العقد معلقا على شرط فان ضمان الملاك على عاتق البائع للمدين المنقول (المادة ١١٨٢ مدني فرنسي)

(٢) كذلك لا يعتبر الامر شرطا اذا كان الحادث هو حقيقة مستقبلية الا أن أمر وقوعه محقق ولا محالة ان لم يكن اليوم فنداً . وفي هذه الحالة يعتبر الامر محقق الوقوع كما اذا وعدتك بان أعطيك مبلغ ١٠٠ جنيه اذا مات فلان . وغرض العاقدين ينصرف في هذه الحالة الى تأجيل الدفع وربطه بوقت الوفاة ذلك الوقت الذي لا بد من وقوعه . هذا الشرط لا يعتبر شرطا بالمعنى القانوني انما يعتبر أجلاً ^(٣) (المادة ١٠٤ / ١٥٨ مدني)

الرجوع الى الفرض الذي يقصده العاقدان . فاذا دلت عبارة العقد على ان الالتزام معقود بزمه يجري فيه المدين عملاً كان ذلك أجلاً ، والا اعتبر شرطا . مثلا اذا قام مهندس بعمل رسم منزل لشخص وقض منه جزءا من الثمن والباقي يدفع له عند بناء المنزل وباع صاحب الارض ارضه دون بناء اعتبر تمهد صاحب الارض هذا تمهداً أجلياً لا شرطياً : استئناف م ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ت ق ، ٣٦ ، ٣٩ . وان وقت التفرقة بين الشرط والاجل قائمها تدق أكثر اذا كان الشرط ارادياً كما في الحالة السابقة . ويجب في ذلك كله أيضاً الرجوع الى طبيعة العقد ونية العاقدين . وضرورة مراعاة ان الشرط يرجع لحادث غير محقق . واما الاجل فهو يرجع لحادث محقق حتماً ، ولكن ربما لا يعرف متى يقع . ولذا يجوز للدائن اصدار مديته بالقيام بالعمل المذكور المطلق عليه حتى المطالبة بالدين أو ان يطلب الى القاضي تعيين المدة التي يجب فيها ان يتم العمل : ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٣ ١٤٠٣٦

(١) للمادة ١٠٤ / ١٥٨ . - دي هلس ج ١ ص ٤٢٥ (٢) كولين وكاتبان ج ٢ ص ١٥٨

٥٨٨ — وهناك من الرابطة القانونية ما لا يمكن تحقيقه مطلقا لا بتوافر شرط لا بد منه كلو صية قاتها لا تعتبر صحيحة الا اذا ظل للموصى اليه حيا بعد وفاة الموصى . في هذه الحالة لا يعتبر العقد أيضا مطلقا على شرط بالمعنى القانوني لان الشرط للوجود بالوصية وهو شرط حياة الموصى اليه بعد الموصى شرط لا يغير من النتائج القانونية للوصية في شيء ما اذ هو تحصيل حاصل

٥٨٩ — وعلى العكس من ذلك توجد أعمال قانونية تنافر في طبيعتها مع الشرط مثل الاعمال القانونية المتعلقة بشؤون الاسرة وعلى الاخص الاحوال الشخصية للانسان كالزواج والاقرار بالابوة وغير ذلك واذا استحالت تنفيذ العقد قل تحقق الشرط فلا قيمة للحادث المعلق عليه الشرط (المادة ١٠٦/١٦٠ مدني) ^(١)

(٢) في أقسام الشرط

٥٩٠ — للشرط أقسام عدة :

١ — في الشرط التوقيني والشرط الفاسخ

٥٩١ — يجوز للانفصاح عن الارادة المعلق على شرط أن ينشأ التزاماً أو يزيد التزاماً . فاذا أمنت على عقارى في شركة التأمين على أن تدفع لى الشركة فهو ايضا فيما اذا تلف العقار في حريق أو غيره فلا يتحقق الالتزام بالتعويض الا بتحقق الحادث . في هذه الحالة يقال للشرط ، وهو الحادث ، شرط توقيني ^(٢) لان وجود الالتزام متوقف على وقوع الحادث

وقد يستخدم الشرط أيضا لاتقضاء التزام وإزالته ^(٣) كما اذا بعنتك عقارى واشترطت انه اذا رددت لك الثمن استرد العقار ويبطل البيع . فالشرط هنا شرط

(١) واذا قرر المجلس المحي رفع الحجز عن شخص بشرط ان يتفاد ملاكه فالشرط صحيح ويبقى الحجز حتى يتحقق الشرط (المادة ٢٦ من قانون المدل والا تصاف) . استئناف ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢١
٤١ م ٢٤٤ ص ٦ عدد ٤١
extinction (٢) condition- suspensive (٣)

فاسخ^(١) لان المقدم تم في الحال أى أن الالتزام وقع فعلاً ولكنه مهدد بالزوال فيما بعد اذا تحقق الشرط وهو رد الثمن والمصاريف الى المشتري

٥٩٢ - واذا دققنا النظر في الشرط الفاسخ وحلناه تحليلًا دقيقاً رأينا أنه لم يخرج عن كونه صورة من الشرط التوقفي . ذلك لان الشرط الفاسخ انما يوقف انقضاء الالتزام الى حين تحقق الشرط (شرط رد الثمن) أى أن المقدم المعلق على شرط فاسخ هو عقد بسيط قابل للفسخ بشرط^(٢) على أنه معهما وقع من الشبه بين الشرطين التوقفي والفاسخ فانه لا بد على كل حال من ضرورة التفرقة بينهما لما في ذلك من الفوائد الظاهرة اذ لكل شرط منهما نتائج خاصة به تختلف عن نتائج الآخر لان الشرط التوقفي يوقف تولد الالتزام بخلاف الشرط الفاسخ فانه يوقف انقضاء الالتزام ، أى أن الالتزام في الاول لا يولد في الحال بل يولد في المستقبل ، والالتزام في الثاني ولد فعلاً ولكنه مهدد فيما بعد بالزوال

هذا مع ملاحظة أن الشرط ، من حيث هو ، واحد في الاثنين فيجب أن تكون أحكامه واحدة فيهما

٢ - في الشرط الارادى والاحتمالى والمختلط

٥٩٣ - يجوز أن يكون الامر في تحقق الشرط معقوداً بفعل الطبيعة أو بإرادة أجنبي عن المقدم أو بإرادة المدين وعلى ذلك فالشرط اما احتمالى واما ارادى واما مختلط

و يعتبر الشرط احتمالياً^(٣) اذا كان قد ترتب تحققه على الصدفة وهى أمر خارج عن ارادة الماقدين الدائن والمدين (المادة ١١٦٩ مدنى فرنسى)

والشرط الارادى^(٤) هو ما استند تحقق الامر فيه الى حادث يمكن تحققه بإرادة الدائن أو ارادة المدين أولاً يمكن تحققه بإرادتهما أيضاً والشرط المختلط^(٥) هو ما اتصل تحقق الامر فيه بإرادة صاحب العقد و ارادة

الغير ممّا (المادة ١١٧١ مدنى فرنسى) مثلا بمنك عقارى اذا تزوجت أنت
بالمرأة القلانية

والشرط الارادى على نوعين : الشرط الارادى البسيط ^(١) وهو لا يتعلق
قط بمجرد الافصاح عن ارادة صاحب الشأن ولكنه يتعلق أيضاً بقيامه باجراء عمل
خارجى . مثلا : اذا تزوجت ، أو اذا سكنت القاهرة ، أو اذا أجرت بيتك .
والشرط الارادى المحض ^(٢) وهو ما اتصل الامر فيه بمحض رغبة صاحب الشأن
وارادته البحتة وهو ينحصر فى القول *أردت* ^(٣) أو اذا استحسنت . والشرط
الارادى البسيط من جانب من يلزم لا يحول دون تكوين الرابطة القانونية ، أى
أن الالتزام يقع صحيحاً اذا تعلق بشرط ارادى بسيط من جانب المدين أى يصح
الالتزام اذا تعلق من بعض وجوهه بإرادة المدين ثم تعلق أيضاً بظروف لا يستطيع
الحكم عليها . مثلا أفتق ملك على ابنى اذا عازمت على بيع منزلى فأنى أبدأ بعرض
البيع عليك أولاً قبل ان أعرضه على أى واحد آخر . نعم ولو أن الالتزام هنا
يرجع الى محض رغبى الا أنه متصل بظروف أقدرها أنا لمعرفة ما اذا كانت سافحة
للبع أم لا

وأما الشرط الارادى المحض الذى يرجع فيه الى مجرد رغبة صاحب الشأن
دون أن يكون مقيداً بقيد ما فانه يمنع كل رابطة قانونية . اذا كيف ينشأ رباط قانونى
بين اثنين يقول أحدهما للآخر بمنك اليت اذا أردت أو استحسنت ذلك . وعلى
ذلك يعتبر الالتزام باطلا اذا تعلق على شرط ارادى محض من جانب الملتزم (المادة
١١٧٤ مدنى فرنسى)

٥٩٤ - ومع القول بعدم صحة الالتزام اذا تعلق بشرط ارادى محض فانه
يجب مع ذلك مراعاة القاعدتين الآتيتين

أولاً (يصح الالتزام مع الشرط الارادى المحض اذا لم يتعلق هذا الشرط
بإرادة المدين بل يتعلق بإرادة الدائن . مثلا أتعهد بان أبيع لك بيتى فى أول العام

(١) condition simplement potestative (٢) condition purement potestative

(٣) si je veux أو si voluero

القيام اذا أردت أنت ذلك . ففي هذه الحالة يلتزم المدين التزاماً جدياً صحيحاً لا يستطيع الافلات منه

ثانياً (لا يبطل الالتزام الشفوع بالشرط لأرادى المحض من جانب المدين اذا كان الشرط فاسخاً . اذ في هذه الحالة يعتبر العقد بسيطاً . مثلاً في البيع الوفاً اذا اشترط البائع استرداده للعقار المبيع بعد رده للثمن الذى أخذه في ظرف مدة لا تتجاوز خمس سنوات اذ ينقصد العقد في الحال ويحدث نتائجه القانونية المرجوة منه انما يظل مهبطاً بمحض رغبة المشتري (المدين)

٣ - في الشرط الموجب والشرط السالب

٥٩٥ - الشرط الموجب^(١) هو ما تعلق فيه انشاء الالتزام على وقوع حادث معين . مثلاً أبيعك أرضي اذا فتحت ترعة عمومية بجوارها . والشرط السالب^(٢) هو ما تعلق فيه تقرير الالتزام على عدم تحقق حادث . ابيعك بيتي اذا لم يشتره مني زيد أو اذا لم تنزع ملكيته للمنافع العامة

٤ - في الشرط غير المستحيل والمخالف

للآداب والشرط غير المشروع

٥٩٦ - إن من شأن الشرط غير الممكن والمخالف للآداب وغير المشروع أن يبطل العقد . ذلك لأن من يعلق عملاً قانونياً على تحقق شرط من هذه الشروط لا يريد في الحقيقة هذا العقد ما دام ان الافصاح عن ارادته يستحيل معه تقرير أى نتيجة ما . والامر في ذلك واضح بشأن الشرط المستحيل . أما عن الشرط المخالف للاخلاق والشرط غير المشروع فإن كلا منهما مخالف لنص المادة ٢٨ من لائحة انشاء المحاكم الاحلية (والمادة ٦ من القانون المدنى الفرنسى) إذ يترتب على هذه المخالفة بطلان العقد لان الافصاح عن الارادة بما يخالف النظام العام والمواثيق الحسنة يعتبر باطلاً من تلقاء نفسه

ولقد قرر الرومان قاعدة أخذ بها القانون الفرنسي سنة ١٨٠٤ ذلك أن الرومان قلوا بأنه إذا تعلق العقد الحاصل بموضوع أو بمقابل على شرط من هذه الشروط الثلاثة لا يصح العقد (المادة ١١٧٣ مدني فرنسي) أما إذا كان العقد عقد تبرع فيصح التبرع ويبطل الشرط. أو يعتبر الشرط كأنه لم يرد بالعقد (المادة ٩٠٠ مدني فرنسي) ٥٩٧ — وفي القانون المصري يجب الأخذ بهاتين القاعدتين أيضاً. فمن العقد بمقابل أو بموضوع فلائنه مما يخالف النظام العام أن يكره للوهوب اليه على اجراء عمل مخالف للمادة ٢٨ من لأئحة انشاء المحاكم الاهلية. وأما عن عقد التبرع فانه مما يخالف النظام العام أن يكره للوهوب له على القيام بعمل مخالف للقانون أملا في تحقيق الهبة بالنسبة له^(١)

٥٩٨ — والآن نتكلم عن هذه الشروط الثلاثة: المستحيلة وغير الادبية وغير المشروعة: —

(١) في الشرط المستحيل: الشرط المستحيل هو ما يتعلق بحادث لا يمكن تحقيقه لكونه مخالفاً لنواميس الطبيعة أو لأصول القانون. ففي الحالة الاولى تعتبر الاستحالة مادية أو طبيعية ومثل هذا الشرط لا يحدث في مجال الحياة القانونية. فإذا حدث دل اشتراطه على خيل عند من اشتراطه وعدم سلامة العقل عنده كشرط رسم زاوية بلا ضلعين أو رسم مثلث بلا زوايا. ومن شأن هذا الشرط ابطال العقد سواء كان بموضوع أو عقد تبرع^(٢) والشرط للمستحيل قانوناً هو ما انصرف الى تقرير رابطة قانونية (أى التزام) تأتي اقرارها الاصول العامة للقانون كما اذا ملكتك عقاراً على شرط ألا تتصرف فيه الى الابد^(٣)

وأما اذا تعلق العقد على شرط عدم القيام بعمل مستحيل فان مثل هذا الشرط جاز لأنه لا يعتبر مستحيلاً (لمادة ١١٧٣ مدني فرنسي) ولانه لا يتدج نتيجة ما. مثلا أبيعك بيتي اذا لم تصعد الى الجبل بلا طيارة أو أعطيك ١٠٠ جنيه اذا فككت الوصاية عن ابنك قبل سن ١٨

(١) دي مجلس ج ١ ص ٤٤١ ن ٥٩ و (٢) كولين وكاتبان ج ٢ ص ١٦١ (٣) د ٩٤، ١٢٨، ١٠١ ص ٢٧٩، ١٠٩٥

(٢) **الشرط غير المشروع** : هذا الشرط غير مستحيل وقوته ولكنه مخالف للقانون كما اذا تعهدت أن أبيعك بيتي اذا بنت بيتك مرتين . والشرط غير المشروع هو شرط ارادى لانه يرجع لارادة الشرط ضده . أما الشروط الاحتمالية فقليلة لا تعتبر غير مشروعة لان تحقق الحادث أو عدم تحققه لا يرجع الى ارادة العاقدين وما هي الاعمال غير المشروعة التي يحظرها القانون ويراهم مخالفة له ؟ ان مجالات العمل مشحونة بأشكال هذه الاعمال وليس من السهل تقرير قاعدة عامة يصح الاعتماد عليها وحده لقياس بوجه عام . انما يمكن بيان الفكرة الاساسية التي يجب الرجوع اليها في التعرف على الشروط غير المشروعة

فن النصوص القانونية التي لا يجوز مخالفتها القوانين الآمرة التي سبق لنا أن تكلمنا عنها . فاذا اتفق العاقدان على شرط حظره القانون بنص آمر أصبح الشرط غير مشروع وبطل معه العقد . مثلاً أبيعك بيتي اذا بنت بيتك مرتين . ويحصل أن يقع الشرط غير مشروع ولو انه مخالف لنص قانوني . مثلاً : أبيعك بيتي اذا لم تنزوج . ففي هذه الحالة لا يصح الالتزام ولو انه تعلق بشرط غير مخالف لنص قانوني . فما هو اذن السبب في بطلان هذا النوع من الالتزام ؟ السبب في ذلك هو انه توجد حقوق جوهرية ^(١) وضرورية للأفراد في المجالات الحيوية ولا يستطيعون العمل في الحياة بدونها ولذا يجب عدم المساس بها وهي في أيدي أصحابها كالحقوق السياسية ^(٢) والحقوق العامة ^(٣) التي تضمن للفرد التمتع بحريته الشخصية ، وبعض الحقوق الخاصة ^(٤) كالحقوق الخاصة بالأحوال الشخصية وحق تصرف الفرد في ملكه . وعلى ذلك لا يجوز للغير أن ينص بالاتفاق على شرط من شأنه غل يد صاحب هذه الحقوق على اختلاف أنواعها . فاذا ردد مثل هذا الشرط وعطل لدى الفرد مزية التمتع بمثل هذا الحق اعتبر الشرط غير مشروع ما دام انه يرمي الى حرمان صاحب الحق من الاتضاع بحقه المقرر له من قبل

ولمعرفة ما اذا كان الشرط غير مشروع أو مشروطاً يجب الرجوع في كل حالة الى ما اكتنفها من الظروف. وفي ذلك ما فيه من صعوبة التقدير ودقة البحث فيما اذا كان الشرط قد مس حقاً ذنباً^(١) للفرد أو أنه على العكس من ذلك قد ترك له مجال العمل بحقه فسيحاً والانتفاع به حراً. والامر في ذلك كله يرجع للقاضي وتقدير الظروف الخاصة بكل حالة على حدة ومركز كل من العاقدين في العقد والفرض الذي انصرف اليه كل منهما وقت انعقاد العقد.

٣) الشرط المخالف للآداب : هو ما دعا أحد العاقدين الى اجراء عمل مخالف للاخلاق الحسنه أو الآداب العامة وهو باطل ومن شأنه بطلان العقد أيضاً

٣) في آثار الشرط

١ - متى يعتبر الشرط قد تحقق ؟

٥٩٩ - تحقق الشرط يرجع الى غرض التعاقدين والى النية التي أرادهاها بالعقد (للمادة ١١٧٥ مدني فرنسي) اي يجب أن يتحقق الشرط طبقاً للفرض الذي ينشده العاقدان ، سواء كان أحدهما هو الذي يقوم بنفاذه أو أن غيرهما هو الذي يقوم بنفاذه

واذا ضربت مدة لتحقيق الشرط فلا يعتبر الشرط محققاً الا اذا تحقق فعلاً في المدة للضرورة (المادة ١١٧٦ و ١١٧٧ فرنسي) واذا لم تتعين مدة ليتحقق فيها الشرط فانه بمجرد تحقق الشرط يحدث أثره في الحال حتى لو مات الدائن قبل تحقق الشرط (للمادة ١١٧٩ فرنسي) وفي هذه الحالة يستفيد الورثة من آثار الشرط

ويحصل ان الشرط الذي لم يتحقق فعلاً يعتبر كأنه قد تحقق وذلك فيما اذا عمل أحد العاقدين على منع تحقق الشرط ، لان في عيهم تحقيقه مصلحة له (للمادة ١١٧٨ فرنسي)

٢ - في آثار الشرط الموقوف

والشرط الذى تحقق والذى لم يتحقق

٦٠٠ - مادام الشرط لم يحصل تحققه بعد ، أى مادام موقوفاً^(١) ، فإن الشك فى تحققه وعدم تحققه يحول حول العقد أثناء مدة الشرط (١) وفيما يتعلق بمبلغ الشك فى تحقق الشرط أو عدم تحققه يجب التمييز بين الشرط الفاسخ والشرط التوقيفى

١ - فى الشرط الفاسخ يعتبر العقد حاصلًا والالتزام قائمًا بمجرد حصول الاتفاق ولكن من شأن الشرط الفاسخ أن يجعل العقد مهددًا فى المستقبل بإلزام إذا تحقق. وإذا لم يتحقق ظل العقد قائمًا كما كان من قبل ، أى من وقت انشائه . فإذا بعثك عقاراً واشترطت استرداده مع رد ثمنه اليك وقع البيع فى الحال وأنتج نتائجه القانونية وإذا رددت الثمن الى المشتري استرددت العقار وكأنه لم يحصل فيه بيع أى أنى أستهله محرراً من كل حق عيني عقارى ترتب عليه أثناء قيام الشرط

٢ - وأما فى الشرط التوقيفى فما دام الشرط لم يتحقق فلا يعلم عن أمر العقد شئ . أى لا يعلم هل يكون له فى المستقبل آثار أم لا . على أنه يجب ملاحظة أن العقد قد وجد بذاته وفى الواقع ولكنه وجد مقترناً بالشرط : لأن الرابطة القانونية التى أراد الطرفان تقريرها قد وجدت فعلاً . وليس صحيحاً ما يقوله « بونيه » أنه لم ينشأ عن العقد خلاف مجرد أمل فى حق^(٢) لأن من وعد بشرط توقيفى لا يستطيع سحب كلمته لأن الحق التوقف على شرط ، موجود قانوناً فى حد معين . ولذا يجوز لمن شرط الشرط التوقيفى لمصلحته أن يجري الاعمال التفضيلية لحماية هذا الحق . فإذا كان دائناً جاز له طلب تحقيق امضاء مدينه اذا كان العقد عرفياً^(٣) وله أيضاً قيد الرهن التأميني^(٤) الذى يضمن له دينه^(٥) وإذا كان العقد المعلق على شرط يجعله مالاً لحق عيني عقارى

(١) *pendante condition* (٢) *espérance de droit* (٣) راجع المواد ٢٠١/٢٠٠

و ما يصدان قانون المرافعات (٤) *inscription de l'hypothèque* (٥) تقرر العقد

الرسمى للرهن التامنى شئ . وتسجيل خلاصة هذا العقد أى قيد الرهن شئ آخر فظن ينقد متى تقرر العقد الرسمى ولكنه لا يكون حجة على الغير الا بتسجيل خلاصته أو قيده .

فإن له من وقت التعاقد حق تسجيله والعمل على قطع اللدة المكتسبة السارية ضده ، لأنه يجوز فيما بعد لوضع اليد التمسك ضده بالتقادم المكتسب (المادة ١١٨٠ فرنسي) وله مع الشرط التوقيني ، أن يتصرف في حقه المعلق على شرط . وإذا مات انتقل حقه هذا أي الحق المعلق على شرط ، الى ورثته (المادة ١١٧٩ فرنسي) .

ولكن إذا أبيع للدائن حق اجراء الاعمال التحفظية فإنه ليس له القيام بالاعمال الخاصة باستغلال الحق بالذات ، وليس له مقاضاة المدين لأن المدين لا زال هو صاحب الشيء أثناء قيام الشرط ولأن الشيء لا ينتقل الى الدائن الا اذا تحقق الشرط

٢) هذا فيما يتعلق بالمقد أثناء قيام الشرط حتى يتحقق . وأما فيما يتعلق بعدم تحقق الشرط (١) أي عدم حصول الحادث المرتبط به فإنه يجب التمييز أيضاً بين الشرط التوقيني والشرط الفاسخ . ففي الاول لا يعتبر للالتزام أثر ما ولا يتكون المقد بالمرة . وأما في الشرط الفاسخ ، فإن الالتزام يظل قائماً وينتج نتائجه القانونية التي تعتبر في هذه الحالة نهائية

٣) وإذا تحقق الشرط زال الشك وقتئذ عن المقد هذا ويلاحظ هنا أمر هام وهو أن تحقق الشرط من شأنه أن يجعل للشرط أثراً رجعياً من وقت انعقاد العقد (المادة ١١٥ / ١٥٩ و ١١٧٩ مدني فرنسي) فإذا كان الشرط توقيفياً وتحقق اعتبرت آثار المقد حاصلة من وقت افصاح الماقيدين عن إرادتهما ، أي من وقت انعقاد المقد . وإذا كان الشرط فاسخاً وتحقق انقطعت الرابطة القانونية وزال أثر الالتزام الذي وجد أولاً عند انعقاد المقد وعاد الماقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل المقد (المادة ١١٨٣ فرنسي) وسنشرح هذا الموضوع الهام فيما يلي

٣ - في الآثر الرجعي للشرط

في مصدره ومعناه ومرماه

٦٠١ - قررت المادة ١٠٥ / ١٥٩ مدني ١١٧٩ فرنسي الآثر الرجعي للالتزام حيث قالت : « اذا تم الشرط بوقوع الامر المعلق عليه وجود التعهد أو بطلانه

فيعتبر المتعهد به والحقوق اللاحقة له مستحقة أو لاغية من وقت الاتفاق على ذلك الشرط»
والمفهوم ان تقرير الآثر الرجعي للشرط انما هو على سبيل المجاز لا على سبيل الحقيقة
مادام القانون يجعل للالتزام أثراً لا من تاريخ تحقق الشرط بل من تاريخ الالتزام
نفسه . وبهنا الآن أن نعرف الحكمة في الآثر الرجعي للشرط وبمبلغ قوة هذا المجاز
والتصوير في تقرير الحقوق ، لان المفسرين على ما يظهر قد تفاؤوا في بيان مرمى هذا
الآثر الرجعي بما لا يتفق مع الغرض الذي أراده واضع القانون الفرنسي سنة ١٨٠٤

ولو انه يوجد بعض آثار للآثر الرجعي في بعض النصوص الرومانية الأثر
مشترعي الرومان لم يقرروا ان للشرط أثراً رجعياً في الاصل باعتبار ذلك قاعدة عامة
فيه ، بل وردت نصوص رومانية دلت على ما ينقض الآثر الرجعي للشرط

٦٠٢ — وقد اقتصر علماء القانون الفرنسي قبل وضع قانون سنة ١٨٠٤ على
مجرد الاخذ بما ورد بالموسوعات الرومانية ^(١) من النصوص الخاصة بالآثر الرجعي
للشرط. وقرر «بوتيه» الاخذ بالآثر الرجعي للشرط في حالتين فقط : (١) اذا مات الدائن
لدين معلق على شرط قبل تحقق الشرط انتقل الدين كله كما هو الى الوارث . (٢) اذا
كان العقد المعلق على شرطاً مضموناً برهن اعتبر الرهن حقاً مكتسباً للدائن من تاريخ
العقد وقبل تحقق الشرط

ونرى انه يمكن في الحقيقة تحليل هاتين الحالتين بغير الاخذ بنظرية الآثر الرجعي
للشرط . ذلك لانه أولاً : اذا انتقل حق المورث الى الوارث اثناء قيام الشرط وقبل
تحقيقه فذلك لان العقد المعلق على شرط قرر لمصلحة الدائن حقاً ينتقل الى الوارث عند
وفاة صاحب الحق . وثانياً : اذا كان من المباح تقرير الرهن عن دين مستقبل فن باب
أولى تقرير الرهن عن دين معلق على شرط ^(٢)

وعلى كل حال فانه مما لا جدال فيه ان الشارع الفرنسي أخذ في سنة ١٨٠٤ عن
بوتيه نظرية الآثر الرجعي للشرط . وهذا ما فعله أيضاً الشارع المصري سنة ١٨٧٥
وسنة ١٨٨٣ ويكفي مجرد الاطلاع على المواد ١٠٥/١٠٥ مدني و١١٧٩ فرنسي

فإننا كد من ذلك . ولكن يجب ملاحظة ان الشارع لم يأخذ بجميع نتائج الآثر الرجعي للشرط في جميع مظاهره . والدليل على ذلك المادة ١١٨٢ مدني فرنسي التي قررت جمل ضمان الملاك اثناء قيام الشرط التوقيني بطريقة لا تتفق مع النتائج المنطقية للآثر الرجعي للشرط . اذ قررت جمل ضمان الملاك على المدين اثناء قيام الشرط وكان يجب منطقيا أن يكون على الدائن ما دام انه يعتبر مالكا لا من تاريخ تحقق الشرط بل من وقت انعقاد العقد

٦٠٣ — والذي يبين لنا ان الشارع الفرنسي والشارع المصري لم يأخذا بقاعدة الآثر الرجعي للشرط الا باعتبارها قاعدة مقررّة لبعض أحكام الشرط ومفضلة لبعض نتائجه . ويأباه :

(١) ان الافصاح عن الارادة ينتج النتائج القانونية من تاريخ ظهوره اذا تعلق العقد على شرط توقيني . ومعنى ذلك ان لهذا العقد أثراً إلزامياً بين العاقدین . فاذا تعهد زيد ان يبيع عقاراً لعمرو اذا اشتغل هذا الاخير محامياً فإنه لا يجوز لكل واحد منهما ان يعدل عما التزم به قبل الآخر . ولا يزول أثر هذا العقد الا برضاء الاثنين . وعلى ذلك لا يجوز لمن اشترط على نفسه البيع أن يعمل على عدم تحقق الشرط . والا اذا سعى على عدم تحققه اعتبر الشرط كأنه وقع وتأيد عليه الالتزام (المادة ١١٧٨ مدني فرنسي)

(٢) واذا كان العقد المعلق على شرط خاصا بنقل ملكية شيء معين فإنه مع جواز تصرف المالك الحاضر في هذا الشيء ونقل ملكيته الى الغير ، لا يجوز له مع ذلك الساس بحق الدائن بالملكية ذلك الحق الذي تقرر له بالعقد المعلق على شرط وعلى ذلك اذا تحقق الشرط سقطت جميع الحقوق العينية التي توقعت على الشيء اثناء قيام الشرط (المادة ١٠٥ / ١٥٩ مدني و ١١٧٨ فرنسي)

وبالعكس فإن مبلغ الزيادة التي حصلت في قيمة الشيء ^(١) بعد حصول العقد وقبل تحقق الشرط ووقوع الحادث فإنها تعتبر من حقوق المشتري وهو الدائن ^(٢)

(٣) وإذا تصرف الدائن في الشيء أثناء قيام الشرط بأن رهن العين مثلاً صحت هذه الرهن وتأيد إذا تحقق الشرط للمادة (٢١٢٥ مدني فرنسي) هذه النتائج الثلاث التي ذكرناها ترجع الى المبدأ الذي تقول به وهو انه بمجرد حصول العقد المعلق على شرط يتولد التزام في الحال ومع القول بأنه التزام في مهاد تكونه وانه لم يكتمل بعد طالما ان الشرط لم يتحقق ، الا انه على كل حال ملزم للطرفين ضمن حدود الاتفاق . وما استين بالآثر الرجعي للشرط الا لزيادة البيان في ان أثر العقد يرجع في ظهوره الى وقت انشائه .

على انه يمكن الاخذ بهذه القاعدة ، وهي أن أثر العقد يسري من تاريخ انعقاده ، من غير حاجة الى الاخذ بنظرية الآثر الرجعي للشرط : ذلك ان زوال الحقوق العينية المحروقة على العين بمعرفة المدين أثناء قيام الشرط ، يمكن القول فيه بأنه رجوع الى القاعدة العامة الثالثة : بأنه « لا يجوز للانسان ان يمنح الغير حقوقاً أكثر من الحقوق المقررة له » (١) وهذا ما قرره المادة ٢١٢٥ مدني فرنسي وتقول به القواعد العامة : أي انه لا يجوز للانسان أن يملك غيره أكثر مما يملك هو . فاذا ملكه حقاً وجبه على مكتسب هذا الحق ان يأخذه بالحالة التي هو عليها وقت انتقاله اليه . فاذا باع المالك عقاره بيعاً معقلاً على شرط فان بقاء العقار تحت يد البائع يجعل حقه فيه مهدداً بالزوال اذا تحقق الشرط فاذا تصرف فيه هذا البائع مرة ثانية قبل تحقق الشرط الخاص بالمشتري الاول فلا يترتب على هذا التصرف أثر ما في تقوية حقه . بل يظل الحق على هذا مهدداً باحتمال تحقق الشرط ، فاذا تحقق الشرط زال أثر هذا التصرف الثاني ولا محالة .

٦٠٤ — على اننا مهما بالغنا في تقرير نتائج الشرط من حيث الاخذ بمحكمه في الآثر الرجعي فانه يجب مع ذلك ، الاعتراف بان القانون في تقريره للآثر الرجعي للشرط انما قرر قاعدة خاصة يجب مراعاة الاخذ بها ، لانه لو صرف النظر عنها وأخذ بالمنطق الصرف لترتب على ذلك مخالفته فيما قرره هو بشأن الآثر الرجعي للشرط في بعض المسائل الخاصة التي منها

(١) ماله ضمانة غير أثناء قيام الشرط . فاذا هلك الشيء بمحدث جبري تحت

يد البائع وقبل تحقق الشرط ، زال الالتزام واقضى العقد كما رأينا (المادة ١١٨٢ مدني فرنسي) ولا يلزم المشتري بدفع الثمن الى البائع . كذلك من تصرف في عقار تحت شرط توقيني فانه يظل مالكا حتى يتحقق هذا الشرط وتصح الاعمال الادارية^(١) التي يكون قد اجراها قبل تحقق الشرط وتصبح حجة على المشتري . ويجب على هذا الاخير احترام عقود الايجار الصادرة من البائع كما يحصل ذلك في حالة البيع الوفاي (المادة ٣٤٥ / ٣١١ مدني ١٦٧٣ فرنسي) وذلك فيما اذا رد البائع الثمن الى المشتري واسترد العقار فانه يسترده حرا من كل حق عيني عقاري توقع عليه بسبب المشتري ، ما عدا عقود الايجار فانها تعتبر حجة عليه اذا حصلت بحسن نية ولم تزد مدتها عن ثلاث سنوات

٢) كذلك المالك بشرط فاسخ لا يرد الثمرات والقوائد التي يكون قد حصلها من الشيء حتى تحقق الشرط

٣) واذا كان المشتري لعقار قد اشتراه بشرط فاسخ كما في حالة الشراء الوفاي ثم عمل قبل تحقق الشرط على تطهير العقار من الحقوق المبنية للترتبة عليه بان دفع للدائنين حصة الحقوق ديونهم ، فان القضاء الفرنسي قرر في هذه الحالة بانه اذا قام البائع وتغذ شرط الوفاء ورد الثمن واستلم العقار فان آثار التطهير تبقى مع ذلك قائمة أي أن البائع يسترد العقار خاليا من الحقوق المبنية التي كانت متوقعة عليه^(٢) وهذا على خلاف الاستفادة من الأثر الرجعي للشرط لانه كان يجب بتحقيق هذا الشرط والاخذ بأثره الرجعي أن يترقب على ذلك زوال آثار التطهير الذي قام به المشتري في البيع الوفاي وما تقدم يرى انه ليس محججا اعتبار الأثر الرجعي للشرط قاعدة عامة تمشي على جميع أحوال الشرط بل يجب الاخذ به فيما نص عليه وذلك مراعاة لبعض الاعتبارات الاقتصادية

٦٠٥ — هذا وليس من السهل معرفة السبب الحقيقي للأثر الرجعي للشرط ومشروعيته : قال البعض بان السبب فيه هو نية العاقدين وما عساه أن يكون قد اتفقا عليه اذ ربما يكونان قد أرادا مثلا انه عند تحقق الشرط يعتبر كل منهما قبل الآخر كأنه

قد تعاقده مع زميله وقت الاتفاق أولاً ، بمعنى انهما لو كانا قد تحققنا من ضرورة وقوع الشرط اسكنا اتفاقنا اتفاقاً نهائياً غير معلق على شرط

ولكن يلاحظ على ذلك انه لو كان الماقدان قد أرادا الاثر الرجعي للشرط واعتبار أن احدهما مالك من وقت العقد ، وان الآخر تزول ملكيته من وقت انعقاده فانه ما كان يوجد مطلقاً ما يحول بينهما وبين الافصاح عن هذه الرغبة ، وتعيين هذه النية . فاذا سكنا عن الافصاح عن هذه النية افصحاً صريحاً فانه من المعقول أنهما أرادا بتطبيق الالتزام على تحقيق الشرط أن يجعلنا تقرير الالتزام قائماً من يوم انعقاد العقد ، وهذا هو التفسير الذي يتفق مع مصلحة الغير ذلك الغير الذي يذهب في العادة ضحية لنظرية الاثر الرجعي للشرط

الشرائع المحاضرة : يلاحظ على الشرائع المدنية المحاضرة انها لم تأخذ بنظرية المجاز في الاثر الرجعي للشرط . مثال ذلك : القانون الالماني (المادة ١٥٨) والقانون السويسري للالتزامات (المواد ١٤١ — ١٥٤) . على أن القانون الالماني أباح للعاقدين جواز الاخذ بالاثر الرجعي للشرط اذا صرحا بذلك في العقد تصريحاً ظاهراً (المادة ١٥٩) وعلى شرط أن لا يتعمد أثر هذا الاتفاق دائرة طرفي العقد وان لا يضر الغير في شيء ما . واذا تقررت حقوق عينية على الشيء اثناء قيام الشرط ^(١) بمعرفة المالك على شرط ، فان هذه الحقوق تعتبر كأنها لم تكن عند تحقق الشرط (المادة ١٦١) وهذا يؤكد ما قلناه من أنه يصبح الافلات من الاخذ بنظرية الاثر الرجعي للشرط اذا أخذنا بالقاعدة التي أشرنا اليها في بنده ٦٠٣ وهي انه لا يجوز للانسان أن يملك الغير أكثر مما ملك ^(٢)

في الاجل

(١) أركان الاجل ومقارنته بالشرط

٦٠٦ — الاجل ^(٣) هو امر محقق ومستقبل . والاجل لا ينفذ العقد في الحال انما ينفذ فيما بعد أي أنه اذا ترتب على الاتفاق تقرير التزام فلا يستحق هذا الالتزام

الأخذ لحول الاجل المضروب لتنفيذه (المادة ١١٨٦ فرنسي) ومن هنا ضرب المثل الآتي : « من التزم بأجل لا يلتزم بشئ »^(١) ولكن لاصحة في الحقيقة لهذا المثل اذ أنه يتعارض مع القاعدة القانونية المقررة بالمادة ١١٨٦ وهي أنه لا يجوز استرداد ما دفع اذا كان مؤجلاً الى أجل . وكذلك يتعارض مع القاعدة القانونية الاخرى المقررة بالمادة ١١٧٥ فرنسي وهي القائلة بان الاجل يختلف عن الشرط في أنه لا يوقف تقرير الانزام وتكوينه القانوني بل هو يؤجل تنفيذه فقط

وإنعالب أن يضرب الأجل لمصلحة الدين . ولذا يجوز له في هذه الحالة أن يفي بدينه قبل حلول الاجل ، أى يتنازل عن هذا الاجل ، الا اذا دلت عبارة العقد أو صيغته على خلاف ذلك (المادة ١٥٢ / ١٥٦ مدني و ١١٨٦ فرنسي) دلت على أن الاجل وضع لمصلحة الدائن (المادة ١١٨٧ فرنسي) اذ في هذه الحالة لا يجوز للدين أن يكره الدائن على قبول الوفاء بالدين قبل حلول الاجل . مثال ذلك في عقد الوديعة يعتبر أجل الوديعة مضرراً في مصلحة المودع أى الدائن فله وحده طلب الوديعة قبل حلول أجلها

٦٠٧ - وما تقدم برى أن هناك اختلافاً عظيماً بين الشرط والاجل اذ الالتزام المؤقت بأجل من القوة مالم يس للالتزام الملحق على شرط لان الاول يتقرر حال تكوينه بصرف النظر عن تعيين الاجل لتنفاذه فهو لذلك يعتبر جزءاً من مال الانسان وأما الثاني فلا يمتل ضمن مال الانسان الا وهو مهدد بالزوال عند تحقق الشرط وعلى ذلك ترتب النتائج الآتية :

(١) رأينا بالمادة ١١٨٢ فرنسي أن اذلاك على الدين في حالة الالتزام للتعلم على شرط والحالة على العكس في الالتزام المؤجل الى أجل اذ الهلاك على الدائن لان الدائن يعتبر مالاً كائناً مجرد المقدم ومن وقت انقضاء العقد . وكل ما يجوز له الاجل من حيث التوقيف انما هو توقيف الاستلام . وعلى ذلك يجوز الاخذ في هذه الحالة بالقاعدة المقررة في المادة ١١٣٨ مدني فرنسي وهي قاعدة **المهرلك على المالك**^(٢) أى

(١) qui doit à terme ne doit rien (٢) res perit domino

يهلك الشيء على صاحبه مع مراعاة التفصيل الذي ذكرته بشأن نظرية الهلاك^(١)
 (٢) لا يجوز استرداد ما دفع قبل الاجل (المادة ١١٨٦ مدني فرنسي) . وعلى
 العكس من ذلك يجوز استرداد ما دفع قبل تحقق الشرط بحيث يجب أن يطلب
 الاسترداد قبل تحقق الشرط والا فلا فائدة من طلبه

والمفهوم أن ما دفع قبل الاجل لا يجوز استرداده اذا حصل الوفاء من المدين وهو
 يعلم بالاجل . ولكن ما القول فيما اذا دفع قبل الاجل عن خطأ فهل لا يجوز له استرداد
 ما دفعه أخذاً بالتعاقدة المتقدمة أو يجوز له حق الاسترداد ما دام الوفاء كان من طريق
 الخطأ أو يكره له على الأقل حق المطالبة بفوائد المبلغ من تاريخ الدفع حتى
 ميماذ الاجل ؟ يظهر أن العدالة والمنطق كلاهما يقضي بالفوائد لأن المدين دفع على كل
 حال أكثر من دينه فله أن يسترد الزيادة . ولكن الغالب عند الشارحين أن يقولوا
 بأن لاحق للمدين في المطالبة بالفوائد ولا بالمدين من باب أولى وحجتهم في ذلك أن
 المادة ١١٨٦ تصبح ولا فائدة منها اذا فسرت فقط بحالة الدفع بعلم المدين^(٢) وأخرجت
 منها حلة الدفع غلطاً من قبل المدين ، ذلك لأن النظرية العامة في استرداد المدفوع بلا
 حق (ومن باب أولى استرداد المدفوع قبل الميماذ) لا يؤخذ بهما قوتاً الا اذا كان
 الدفع حاصلًا خطأ . وعلى ذلك يجب أن تتمشى المادة ١١٨٦ على الحالتين سواء بسواء
 وانه بمقتضاها لا يجوز لمن دفع قبل الاجل استرداد ما دفعه بعلم منه أو بغلط وقع فيه
 وهذا هو ماسار عليه أيضا الشارحون الفرنسيون قبل سنة ١٨٠٤ مثل بوتيه^(٣)

الا أننا لا نستطيع الاخذ بهذا الرأي لانه في النهاية لا يمكن اعتبار المدين الذي
 دفع أنه قد وهب لدائنه مقدار ما يقابل فوائده المبلغ التي قمته . لان هذا المدين لم
 يرد الهبة بلا شك لان المفروض انه لم يفكر فيها مطلقا وقت الدفع

(١) risque أي انه يريدون أن تتمشى المادة ١١٨٦ الخاصة بعدم جواز استرداد
 المدفوع قبل الاجل ، على حالة المدين الذي دفع وهو عالم بعدم حلول الاجل أو دفع من غلط وهو
 لا يملك بعدم حلول الاجل (٣) كابتان ص ١٦٩

(٢) في سقوط الاجل وزوال الانتفاع به

٦٠٨ — قلنا إن الاجل يضرب في الغالب لمصلحة المدين . فإذا عمل ما يخالف ذلك وأضر بدائته سقط عنه الاجل . وجاز لهذا الأخير مطالبته بالدين قبل حلول الاجل ويقع ذلك في حالة إفلاس المدين أو اعساره وضعف تأمينات الدين أو عدم القيام بتقديم التأمينات التي وعد بها . وعلى ذلك لا تخرج هذه المسائل عن أربع أحوال

٦٠٩ — الحالة الأولى إفلاس المدين^(١) : قررت المادة ١٠٢/١٥٦ مدني و ١١٨٨ فرنسي ما يأتي : « إذا تعهد المدين بشيء لاجل معلوم وظهر إفلاسه أو فعل ما يوجب ضعف التأمينات التي كانت محلا لوفاء التعهد فيستحق ذلك الشيء فوراً قبل حلول الاجل » فالإفلاس مستقط للاجل أو سبب في سقوطه ويجب أن يصدر به حكم من القضاء لأن سقوط الاجل لا ينشأ عن توقف تدين عن دفع ديونه لدائنيه^(٢) بل انما ينشأ عن حكم القضاء بإشهار الإفلاس (المادة ٢٢١/٢٢٩ تجاري و ٤٤١ فرنسي) ويجب إلحاق التصفية القضائية^(٣) بنصالح الدائنين مع المعلن^(٤) بالإفلاس . والسبب في سقوط الاجل أن الإفلاس ينتهي بتصفية أملاك المدين وتوزيع أثمانها على الدائنين^(٥) ولا بد في هذه الحالة من اعتبار الدين المؤجل الوفاء بها قد حلت حتى يسهل أمر التصفية

٦١٠ — الحالة الثانية اعسار المدين : لم تشر المادة ١٠٢/١٥٦ مدني و ١١٨٨ فرنسي الى اعسار المدين^(٦) فيما يتعلق بسقوط الاجل فهل يسرى هذا السقوط على المدين المعسر غير الباجر ؟ هناك رأيان
رأى يقول بعدم جواز تشبيه الاعسار بالإفلاس لأن سقوط الحق يجب ألا يقول به القانون نفسه فلا يؤخذ فيه بالقياس^(٧) ، ولأن الاعسار لا يترتب عليه تصفية

(١) كإعلان من ١٦٩ : (٢) cessation des paiements (٣) liquidation judiciaire (٤) concordat (٥) liquidation collective (٦) déconfiture (٧) les échéances sont de droit étroit

أملاك المدين وتوزيمها على دائنيه كما يحصل في الافلاس ، ولأن الاعسار لا يقضى به حكم من القضاء

ورأى يقول بأنه يترتب على الاعسار سقوط الاجل كما في حالة الافلاس وأن السبب في ذلك هو أن الاعسار كلافلاس من حيث الامر المترتب على زوال أمارات اليسر عن المدين ، ذلك اليسر الذي استند اليه الدائن في ضرب أجل للوفاء ولكن يجب الحصول على حكم من القضاء بسقوط الاجل ما دام القانون لم يقرر طريقة خاصة للحصول على حكم بالاعسار ولا يجوز بحال أن يقضى بسقوط الاجل في زمن سابق على رفع الدعوى الخاصة بهذا الطلب وهذا هو رأى القضاء الفرنسى^(١)

٦١١ - المحالة الثالثة في تقليل تأمينات الرهن : رأينا أن المادة

١٥٦/١٠٢ مدنى و١١٨٨ فرنسى تقول بأنه في حالة ما اذا « فعل المدين ما يوجب ضعف التأمينات التى كانت محلا لوفاء التعهد » فان الاجل يسقط ويستحق الدين في الحال . ذلك لأن الدائن لم يقبل تأجيل الوفاء الا بناء على هذه التأمينات الضامنة له فاذا زالت وجب الوفاء له بالدائن في الحال

هذا ولا يسقط الاجل بضعف التأمينات إلا بتوافر شروط خاصة وهى :

١ - يجب أن تكون التأمينات خاصة^(٢) كالرهن التأمينى والرهن الحيازى ، أى تأمينات قد تراضى الطرفان عليها من قبل^(٣) فيخرج من ذلك حق الضمان العام المقرر للدائن على أموال مدينه (المواد ١٤١/٢٠٢ مدنى و٦٧٩/٥٥٥ مدنى و٢٠٩٢ فرنسى) فاذا عمل المدين على ضعف هذه التأمينات العامة فلا يسقط عنه الاجل . انما للدائن حق رفع دعوى الابطال يطلب فيها الغاء تصرفات المدين المضارة بالدائن ورد الشيء الى مال المدين . أما اذا كان الرهن خاصا وعمل المدين على اتلافه سقط الاجل . كما اذا رهن المدين بيته ثم هدمه بعد ذلك

٢ - يجب أن تكون التأمينات المشار اليها نتيجة الاتفاق بين العاقدين^(٤)

(١) د . ٢٨١ . ١٠٩٢٠ ومقال « Planiol » - س . ٩٢٠ . ١٠٩٢٠ ومقال

« Labbé » - د . ٤٠٨ . ١٠٩٠٨ - س . ٩٠٧ . ١٠٩٢٠ - كجانب من ١٦٩

(٢) sûretés (٣) ٢٤ مايو سنة ١٩١٩ ، ٢٣ ، ٣٣٧ - ٣١ يناير سنة ١٩١٢ .

(٤) sûretés volontaires (٤) ٢٠١ ، ٣٢ ، ٩٢٠ ، ١١٨٠ ٢٤ ابريل سنة ١٩٢٠

أي يجب أن تكون نتيجة العقد المقود بين الاثنين أو أن القانون نفسه يكون قد قررهما باعتباره مترجما عن نية العاقدين ومعبراً عن غرضهما باعتبار أنهما أرادا الاتفاق عليها^(١) وعلى ذلك لا يعبأ بضعف التأمينات القانونية البحتة^(٢) مثل حقوق الامتياز^(٣) ولا يسقط الاجل فيها لانه اذا عمل المدين على القليل منها فانه لا يخالف بذلك عقداً مأخوذاً عليه ولا قانوناً يكون قد أقر التأمينات هذه من طريق التعبير عن غرض العاقدين المدين والدائن

٣ - ضعف التأمينات بفعل المدين : وقد نصت المادة السابقة على ذلك فلا يسقط الاجل حينئذ الا اذا عمل المدين نفسه على اضعاف هذه التأمينات . فاذا أصاب التأمينات ضعف من جراء حادث جبرى أو قوة قاهرة فلا يكون ذلك سبباً في سقوط الاجل . فاذا رهن المدين عند دائته سندات مالية ونزلت قيمتها الى حد مضعف للتأمين لدى الدائن فلا يكون لهذا الاخير الحق في طلب الدين قبل ميعاد استحقاقه ، أى ليس له حق طلب سقوط الاجل . انما نص القانون في بعض الاحوال وفى حالة ضعف التأمينات الناشئة عن حادث جبرى أو قهرى أنه يجوز للدائن مع ذلك حق مقاضاة مدينه فى الحال ، كما يحصل فى حالة الدائن المرتهن رهناً تأمينياً اذا تهدم العقار المرهن تهدماً كلياً أو جزئياً بغير ارادة المدين (المادة ٥٩٢ / ٦٨٦ مدنى و ٢١٣١ فرسى) . انما يبيح القانون للمدين فى هذه الحالة حق إيقاف تلك الدعوى قبله اذا قدم عقاراً آخر يحل محل الاول فى التأمين

٦١٢ - الحالة الرابعة . عدم القيام بتقديم التأمينات الموعود بها :
يجب الحاق هذه الحالة بالحالة الاولى لانه يستوى لدى الدائن مدين أضعف التأمينات بعد تقديمها ومدين لم يقدمها للمرة

(٣) فى انواع الاجل والمهلة القانونية والقضائية

٦١٣ - للأجل جملة أنواع وهى :

(١) الاجل التوقيفى والاجل الفاسخ . الاجل اما توقيفى واما فاسخ كما رأينا

في الشرط. وكل ما قررناه بشأن الاجل ينطبق على الاجل التوقيني ^(١) باعتباره أكثر شيوعاً. واما الاجل الفاسخ ^(٢) أو الاجل المسقط ^(٣) فهو الاجل الذي بحلوله تنقضي آثار العمل القانوني أي نزول نتائج العقد. مثلاً أجر زيد لبكر ضيعته لمدة ثلاث سنوات وأقرضه ١٠٠ جنيه لمدة سنة

وقد يلقى أحياناً التمييز بين الاجل للمسقط والشرط. مثلاً التزم زيد بتزويج معاش يدفعه لزينب شهرياً حتى تزوج زينب. ومما يهم في هذا التل ضرورة معرفة ما إذا كان التوقيت هذا اجلاً أو شرطاً. فإن كان التوقيت اجلاً أي يدفع لها الرتب حتى يأتي يوم زواجها فينقطع عنها صح العقد وصح معه الاجل. أما إذا انصرف التوقيت الى شرط بمعنى أن المرتب يدفع على شرط أن لا تزوج فلا يصح العقد. لأن التوقيت في الاول يعتبر قيداً أو وضعاً مشروعاً ^(٤) وفي الثاني غير مشروع ^(٥) لأن السبب في هذه الهبة يتعارض مع الاخلاق الحسنة ^(٦)

٢) **الاجل المعين والاجل غير المعين**: يراد بالاجل المعين ^(٧) أن يتحدد الاجل بيوم من أيام السنة كاول يوم من رمضان أو تعيين بتعيين حادث لا بد من وقوعه كاول يوم من عيد الفطر، أو يوم المولد النبوي أو ذكر ميعاد معين مثل بعد سنتين أو شهرين أو نحو ذلك

واما الاجل غير المعين ^(٨) فهو الذي لا بد من وقوعه ولكن لا يعرف متى يقع. مثلاً أبيعك بيتي عند وفاة زيد. فالوفاة واقعة لا محالة، ولكن لا يمكن معرفة الوقت الذي يقع فيه. وهنا يختلف الاجل غير المعين عن الشرط. إذ في الشرط لا يزال يحوم الشك حول وقوع الحادث حتى يقع فعلاً واما الاجل فلا بد من وقوعه ولا يحوم الشك حوله الا فيما يتعلق بوقت حلوله فقط

٣) **الاجل الصريح والاجل الضمني**: الاجل الصريح ^(٩) هو ما اتفق عليه طرفا العقد بعبارة صريحة والاجل الضمني ^(١٠) هو ما يستفاد من طبيعة العقد بين الطرفين. كما إذا تعهد اللدين في فصل الصيف بأجاز عمل لا بد من حصوله في الشتاء

terme extinctif (٣) terme résolutoire (٢) terme suspensif (١)
 terme (٧) ٢٩٠١. ٩١٠. ٥. ٥ (٦) modalité illicite (٥) modalité licite (٤)
 terme tacite (١٠) terme exprès (٩) terme incertain (٨) certain

(٤) **المهلة القانونية والمهلة القضائية** : المهلة القانونية ^(١) هي ما قررت اما بمعرفة طرفي العقد وتسمى بالمهلة المتفق عليها ^(٢) واما بحكم القانون نفسه وتسمى بالمهلة القانونية ^(٣)

٦١٤ — وأما المهلة القضائية ^(٤) فهي التي يقرها القاضي بمحض رغبته وماله من سلطان التقدير في الدعوى . وتقول في ذلك المادة ١٦٨ / ٢٣١ مدني و ١٢٤٤ فرنسي ما يأتي . « يجب أن يكون الوفاء على الوجه المتفق عليه بين التعاقدين وان يحصل في الوقت والمحل المعينين وان لا يكون يعمض للمستحق . انما يجوز للقضاة في أحوال استثنائية ان يأذنوا بالوفاء على اقساط أو ببيعاد لائق اذا لم يترتب على ذلك ضرر جسيم لرب الدين . » وعلى ذلك وبمقتضى الفقرة الاخيرة من هذه المادة يجوز للقاضي اما ان يؤجل الوفاء الكلي الى وقت يمينه أو ان يقسط الدين على أقساط معينة بمعرفته

ويجب التشدد في اعطاء المهلة القضائية وان لا يكون من شأنها إلحاق الضرر بالدين . فلا يجوز منحها اذا طلبها للدين مستنداً الى أزمة مالية حلة بالبلد ^(٥) أو اذا لاحظ في طلبه مجرد التسويق في الوفاء ^(٦).

وقد وردت بالقانون أحوال كثيرة رجعت في أحكامها الى هذه المادة وهي :
أولاً : وجدت نصوص بالقانون قررت عدم جواز منح المهلة القضائية ،
ثانياً وهي :

- ١ . — اذا كلن الدين ثابتاً بكيفية ^(٧) أو بسند تحت اذن ^(٨) (المادة ١٥٦ / ١٦٣ تجاري و ١٥٧ فرنسي و ١٣٥ فرنسي ، ونصها « لا يجوز للقضاة أن يسطوا مهلة لدفع قيمة كميالة » والسبب في ذلك هو الدقة التي قررها القانون الوفاء التجاري باعتبار أن هذه السندات تعتبر كأتملة الجارية في المعاملات التجارية
- ٢ . — اذا صدر حكم بالدين فلا تجوز المهلة القضائية من بعده . بل الذي يجوز

(١) terme de droit (٢) terme conventionnel (٣) terme légal (٤) terme (٥) استئناف م ٢١ يناير سنة ٩١٥ م ت ق ٢٧ ، ١٣١ (٦) استئناف م ٩٠٨ م ت ق ٢١ ، ٥٩٠ (٧) lettre de change (٨) billet à ordre

هو تقييد الدين أو تأجيله بنفس الحكم الصادر به أما إذا صدر بالدين من غير تقييد أو تأجيل فلا يجوز المساس بالحكم (المادة ١٢٢ مرافعات فرنسي وهي تقرر قاعدة عامة ولو لم يرد لها مثيل في القانون المصري) وقررها القضاء المصري: ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٢٤، ٢٧، ٧٩ — النقض الفرنسي ص ٣٠ مايو سنة ١٩١٦ س، ٤١، ٢٨) لأنه من المقرر قانوناً أنه لا يجوز للقاضي المساس بحكمه بعد صدوره.

٣ — إذا كانت هناك دعوى خاصة بطلب وفائي^(١) في حالة البيع الوفائي، إذا لا يجوز زيادة مدة خمس السنوات المقررة لاسترداد البيع ورد الثمن حتى لو كان هناك عذر شرعي راجع الى قوة قهرية (المادة ٤٢٢/٣٤٧ مدني و ١٦٦١ فرنسي) ٤ — إذا لم يدفع المشتري الثمن في الموعد المعين كان البائع بالخيار فله إما طلب الفسخ وإما طلب الثمن (المادة ٣٣٢/٤١٣ مدني) ولكن يجوز مع ذلك للقاضي أن يمنح للمشتري مهلة لدفع الثمن، مهما كان طلب البائع فسخاً أو ثمناً، وعلى شرط أن لا يمنح أكثر من مهلة واحدة (المادة ٣٣٣ فقرة أخيرة/ ٤١٤ مدني)

مأني : توجد أحوال قلم الخلاف فيها بشأن منح المهلة القضائية وهي :

١ — يتساءل المفسرون فيما إذا كان الحظر في المهلة القضائية في المسائل التجارية موقوفاً فقط على الكيبيالات والسندات تحت الاذن أو يمتشى على جميع الاحوال التجارية . وإن كانوا قد أخذوا بالحظر العام إلا أن القضاء ذهب الى غير ما ذهبوا اليه وأبىح المهلة القضائية في غير ما ورد على سبيل الحصر

٢ — وما تساءلوا فيه ما إذا كان من الجائز منح المهلة القضائية إذا كان الدين حاملاً لسند تنفيذي (وهو السند التنفيذي غير الحكم الذي تقدم بيانه في الحالة الثانية السابقة) . وقد أخذ القضاء الفرنسي بالإيجاب وأجاز منح المهلة في هذه الحالة (د، ٩٣، ١، ٣٣) وحجته أن المادة ١٢٤٤ مدني فرنسي (المقابلة للمادة ١٦٨/٢٣١ مدني) قلت بأنه يجوز للقضاء أن يأذنوا بلوفاً على أقساط أو بميماد لائق «وأن يأمرُوا بإيقاف تنفيذ الاجراءات القضائية^(٢) . وقال المفسرون بأن عبارة « الاجراءات القضائية »^(٣) لا تنصرف فقط الى الدعاوى القضائية^(٤) بل تنصرف أيضاً الى

(١) action en réméré (٢) surseoir à l'exécution des poursuites (٣) instances judiciaires (٤) suites pour-

اجراءات التنفيذ^(١) وهي الاجراءات التي لا تعتبر اجراءات تنفيذ إلا اذا كانت مشفوعة بسند تنفيذي

أما القانون المصري فإنه لم ينقل بالمادة ١٦٨ / ٢٣١ مدني هذه العبارة الواردة بالمادة ١٢٤٤ فرنسي وهي : « وأن يأخروا بإيقاف تنفيذ الاجراءات القضائية » فهل مع عدم ورود هذه العبارة يمكن مع ذلك القول بأن المهلة القضائية غير جائزة في حالة العقد الرسمي ؟ الذي نقول به هو العكس ونرى الاخذ بالمنحة القضائية لان السند التنفيذي ، وهو السند الرسمي غير الحكم ، لم يخرج عن كونه سنداً عادياً لا يتميز عن العرفي الا في الصيغة التنفيذية ولكنه هو هو في غير ذلك . بمعنى ان حالة المدين قبل الشروع في تنفيذه رسمي هي هي بينما قبل صدور الحكم في سند عرفي ، أي انها حالة واحدة في النوعين تدعو الى بحث وتمحيص من حيث التأجيل في الوفاء . ولكن القضاء المصري يجري على عكس هذه القاعدة^(٢) ولا نقره في رأيه بل نأخذ بالرأي الفرنسي لما رجعنا اليه من الملل القانونية السابقة^(٣)

هذا ولا يجوز منح المهلة القضائية اثناء السير في اجراءات التنفيذ على المتوفلات أو في اثناء سير دعوى نزع الملكية في القانون الاهلي أو الحجز العقاري في القانون المختلط (استئناف سنة ٩٠٨ م ق ، ٥٩ ، ١) انما يجوز في القانون المختلط (المادة ٦٥٢ مرافعات مختلط) تأجيل البيع أمام قاضي البيوع ، أي اعطاء مهلة من قاضي البيوع^(٤) بناء على طلب المدين نفسه أو غيره من أصحاب الشأن وأن يكون التأجيل تأجيلاً بسيطاً بدلاً من تنقيص الثمن (المادة ٧٠٧ مرافعات مختلط) مع اعادة اجراءات النشر عن المزاد (المادة ٧٠٨ مرافعات مختلط) وأما في القانون الاهلي فلم يرد مثيل للفقرة الواردة بالمادة ٦٥٢ مرافعات (أنظر المادة ٥٦٩ مرافعات أهلي للقابلة للمادة ٦٥٢ مختلط) ولكن مع ذلك نرى الاخذ بها لانها لم تخرج عن كونها مجرد احتياط يتخذه قاضي البيوع في سبيل ضمان سير العدالة دون ضرر ما يقع لا بالدين الجائز ولا بجملة الديون . بل ربما كان في التأجيل البسيط مع المحافظة على الثمن المقرر

(١) voies d'exécution (٢) ٢٥ مايو سنة ١٩١٦ ، ٢٨ ، ٣٦٩ ، ١٦ يونيو سنة ١٩٢١

(٣) ٤٠١ ، ٣٣ كذلك يرى الدكتور أو هيف بك في يند ١٠٨ من كتاب التنفيذ ولم نجد رأياً في ذلك للدكتور عبد الفتاح بك بكتابه في التنفيذ (٤) استئناف م ٥ نوفمبر سنة ١٩١١

م ق ، ١٥٠ ، ٢٤٠

فائدة للجميع بعكس التأجيل مع تنقيص الثمن فيه ضرر بالمدين والحاجز والدائنين الآخرين^(١)

وتختلف المهلة القضائية عن المهلة القانونية في أن المهلة القضائية لا تحول دون حصول المقاصة كما سبق أن قررنا ذلك . بخلاف المهلة القانونية فلها تحول دون المقاصة^(٢) وتفق المهلان في أنهما تسقطان عن المدين إذا وقع في إحدى الحالات المنوه عنها بالمادة ١٠٢/ ١٥٦ مدني و ١١٨٨ فرنسي أي إذا افلس أو عسر أو اضعف التأمينات انخلاصة التي قررها على نفسه ضماناً للدين أو لم يقدم التأمينات التي وعد بها ضماناً للدين الدائن قبله

في تعدد محل الالتزام

٦١٥ - يحصل التعدد في محل الالتزام على صور مختلفة وهو قليل الوقوع في مجال العمل ويجب الرجوع فيها دائماً الى نية المتعاقدين والغرض الذي يرميان اليه (للمادة ١٣٨ / ١٩٩ مدني و ١١٥٦ فرنسي) وهذا لتحقيق تلك القاعدة القائلة بأن المقود في الازمان الحاضرة هي عقود خاضعة لاحكام حسن النية^(٣) كما يقول الرومان أما الصور التي ينصور بها محل الالتزام في حالة تعدد هذا المحل فهي الالتزام بأكثر من شيء واحد والالتزام التخيري والالتزام البدني

(١) في الالتزام بأكثر من شيء واحد

والالتزام التخيري والالتزام البدني

٦١٦ - الالتزام بأكثر من شيء واحد أو الالتزام بالمجموع^(٤) هو ما النزم فيه للدين بشئين أو أكثر معاً ، كما اذا النزم زيد بتوريد مائة أردب من القمح ومائة أردب شعير فهو ملتزم بتوريد كل من القمح والشعير والالتزام البدني^(٥) هو ما النزم فيه للدين بشيء واحد من شئين أو جملة أشياء

(١) كذلك يرى الدكتور أبو هيف بك في بند ٨٤٨ من كتاب التنفيذ وكذلك أيضاً الدكتور عبد النتاح بك بالتنفيذ ص ٤٥٢ ن ٦٥٤ (٢) مدني ملس ٢ ص ٧٢ ن ٦٦ (٣) obligation alternative (٤) obligation conjonctive (٥) de bonne foi حاشية ٣ ص ٢٨١ بند ٢٩٢ هنا حيث تكلمنا عن ترجمة هذا اللفظ ولفظ الالتزامات التخيرية وعن اختلافاً فيها مع صحتي بإشاذ غول

وينتضى الالتزام بمجرد الوفاء بأحد الشئتين أو أحد الأشياء : مثلا تعهد زيد بتوريد ١٠٠ أردب قمح أو مائة أردب شعير

والالتزام التخييري^(١) هو ما كان الالتزام فيه مبدئيا بشئ واحد فقط أما يجوز مع ذلك للمدين حق التحرر من الدين إذا قام بالوفاء بشئ آخر أو ما كان للمدين أن يختار فيه شيئا آخر للوفاء غير ما وعد به مبدئيا. مثلا تعهد زيد بتوريد ١٠٠ أردب قمح ، ولكن يجوز له أن يدفع ١٥٠ جنيه بدلا من توريد القمح^(٢)

(٢) في الالتزامات البديلة^(٣)

٦١٧ — (١) **الوفاء** : لا يجوز الوفاء في الالتزامات البديلة بجزء من كل شئ من الشئتين اللذين يصح أن يكون كل واحد منهما محلا للوفاء (المادة ١١٩١ فرنسي) وهذا أخذاً بالقاعدة العامة القائلة بأنه يجب على المدين أن يقوم في حالة الوفاء بما ألزم به تماماً دون غيره (المادة ١٦٨ / ٣٣١ مدني و ١٢٤٣ فرنسي) أما إذا قُذ أحد الالتزامين قُذ زال عنه التزامه وبرئت ذمته

والأصل في التعهدات البديلة أن يكون الخيار للمدين (المادة ٩٦ / ١٥٠ مدني و ١١٩٠ فرنسي) وهذا أخذاً بالقاعدة العامة القائلة بأنه في حالة الشك يفسر العقد في مصلحة المدين (المادة ١٤٠ / ٢٠١ مدني و ١١٦٢ فرنسي) إلا إذا وجد بالعقد ما يخالف ذلك وجعل الخيار فيه للدائن نفسه (المادة ٦٩ المذكورة)

٦١٨ — (٢) **ضمان الهلاك**^(٤) : إذا هلك الشئان في حادث جبري أو حالة قهرية قبل انذار الدائن للمدين أو استحالة الوفاء فيهما معاً انتضى الالتزام عن المدين (المادة ١١٩٥ مدني فرنسي) وزال عنه الدين . وهذا تطبيق للقاعدة العامة المقررة بالمادة ١٣٠٢ مدني فرنسي

أما إذا هلك أحد الشئتين أو استحالة الوفاء بأحدهما فإنه يجب الوفاء بالشئ

(١) facultative (٢) سبق ان بينا اننا رأينا ترجمة alternative بالبديلة و facultative

بالتخييرية عند ما تكلمنا على الشرط الجرائي في نبة ٢٩٢ ص ٢٨١ حاشية ٣ وقد خالفاً في ذلك فتحي زغلول باشا - اما للتعاريف العلمية فهي واحدة كما رأينا (٢) obligations alternatives (١) > risque

الباقى (المادة ٩٧/ ١٥١ مدنى و ١١٩٣ فرنسى) ويستبر الالتزام فى هذه الحالة التزاماً بسيطاً غير بدلى^(١)

٦١٩ - فى الالتزام البدلى بالتسليم^(٢) متى تنتقل الملكية الى الدائن. فى هذا الالتزام؟ المقول أن الملكية لا تنتقل الى الدائن الا من وقت حصول اختيار أحد الشئتين ، اذ بالاختيار يتعين الشئ فتعين للملكية معه ولكن رجال الفقه يقولون بعكس ذلك اذ يرون أن الملكية تنقرر للدائن من وقت حصول العقد أخذاً بالقاعدة العامة للمقرر بالمادة ٩١/ ١٤٥ مدنى و ١١٣٨ فرنسى . أى انه عند حصول الاختيار من جانب المدين (أو الدائن اذ دل العقد على ذلك) أصبح الدائن مالكاً لا من تاريخ الاختيار فقط بل من تاريخ العقد ذاته وعلى ذلك تترتب النتائج الآتية :

(١) اذا وقع للمدين فى افلاس قبل التسليم جاز للدائن أخذ الشئ من مال المدين دون أن يزاحمه فيه أحد من بقية الدائنين

(٢) اذا كان حق الخيار مقرراً للدائن وتصرف للمدين فى أحد الشئتين الذى وقع عليه اختيار الدائن جاز للدائن طلب استرداد هذا الشئ فى أى يد وجد بها الا اذا اعترضته قاعدة « حيازة النقول سند للملكية »

(٣) الفرق بين الالتزام البدلى والالتزام التخييري: يظهر لأول وهلة أن التشابه قائم بين هذين النوعين . ولكن يوجد فى الحقيقة بينهما فرق وهو أنه فى الالتزام البدلى يكون محل العقد ممتدداً . وأما فى الالتزام التخييري فان محل العقد واحد وللمدين أن يختار سواء . ويترتب على ذلك ما يأتى

(١) فى التمتع التخييري لا يجوز للدائن مطالبة المدين الا بالشئ الاصلى لا بالشئ الذى قد يختاره المدين محلاً للوفاء اذا أراد هو دون غيره . وعلى ذلك لا يجوز للقاضى اكراه المدين على الوفاء الا بالشئ الاصلى فقط واذا تمرد على المدين الوفاء فهو

(١) راجع المواد ١١٨٩ - ١١٩٦ مدنى فرنسى فنها كفية فى بيان هذه المسائل

(٢) obligation alternative de donner

بالتحيار ان شاء وفي بالشيء الآخر ولا اكراه عليه فيه ، وان شاء دفع قيمة الشيء الاصلى قدماً .

(٢) اذا تلف الشيء الاصلى في التعهد التخيري أو ضاع فلا يجوز للدائن اكراه المدين على الوفاء له بالشيء الآخر لان للمدين لا يلزم به الا اذا اختار ذلك واذا تلف الشيء الاصلى بفعله هو وجب عليه الوفاء بمقابل أى الوفاء بالنقد أى دفع التعويض الا اذا اختار الوفاء بالشيء الاخر

(٣) في التعهد التخيري يرجع الى الشيء الملزم به المدين في الاصل لمعرفة ما اذا كان الالتزام بقار أو بمنقول وعلى العكس من ذلك في حالة الالتزام فان العبارة بما وقع عليه الاختيار

في تعدد المعاقدين

٦٢٠ - رأينا فيما مرحلة تعدد محل الالتزام وهو كما قلنا نادر الوقوع في مجال العمل بمكس تعدد المعاقدين فانه كثير الحصول ولقد كثرت فيه أحكام المحاكم وآراء المفسرين

وتعدد المعاقدين على نوعين : اما تعدد من غير تضامن - تعدد بسيط - واما تعدد بتضامن وعلى كل حال اما ان يكون من جانب الدائنين فيكون تعدداً ايجابياً واما ان يكون من جانب الدينين فيكون تعدداً سلبياً .

(١) في التعدد البسيط للمعاقدين

٦٢١ - يعتبر أن هناك تعدداً بسيطاً للمعاقدين ، ويقال له بالالتزام التعدد البسيط ^(١) اذا تعدد المعاقدون من جهة الايجاب أى تعدد الدائنين أو تعدد المعاقدون من جهة السلب أى الدينون بحيث انه لا يجوز لكل دائن الا حق المطالبة بنصيبه في الحق . كما انه لا يجوز أن يلزم المدين الا بقدر نصيبه في الدين . ويلاحظ على ذلك بعض المفسرين انه كان يحسن ان يسمى الالتزام في هذه الحالة التزاماً منفصلاً ^(٢) بدلا من تسميته بالالتزام النضم ^(٣)

ويترتب على افراد كل دائن ومدين بنصيبه ما يأتي :

- (١) لا يطالب الدائن في جملة الدائنين الا بنصيبه ولا يتقاضى من المدينين الا نصيبه أيضاً ولا شأن له بأنصبة الدائنين الآخرين
- (٢) اذا حصل انذار من جهة الدائنين الى أحد المدينين فلا يستفيد من هذا الانذار الا الدائن صاحب الانذار دون بقية الدائنين
- وعلى ذلك اذا أراد دائن له جملة مدينين انذارهم وجب عليه انذار الكل أي انذار كل واحد على حدة

وفي الشركات المدنية تنعكس صورة هذا النوع من الالتزام البسيط الخالي عن التضامن اذ تقرر المادة ٤٤٣/٥٤٠ مدني و١٨٦٢ فرنسي بأنه اذا كان أحد أعضاء الشركة التأذون له بالتعامل مع الغير قد تعامل مع الغير فلا يلزم الاعضاء الآخرون بالتضامن أي أن الشركاء لا يلزمون بالتضامن عن ديون الشركة وهذا يخالف الشركات التجارية ولكن تجب ملاحظة أن القضاء اعترف بالشخصية للمعنوية للشركات المدنية .
ففي هذه الحالة اذا لم يكف رأس مال الشركة للوفاء بديون دائيها جاز ذؤلاء مقاضاة الاعضاء بلباقى والتنفيذ به على أموالهم الخاصة . ومع جواز هذه المقاضاة فانه يجب اعتبار كل عضو مستولاً عن نصيبه في الدين

(٢) في الالتزام التضامني

٦٢٢ — للالتزام التضامني ^(١) صورته تضامن بين الدائنين ويسمى بالتضامن الايجابي ^(٢) ، وتضامن بين المدينين ويسمى بالتضامن السلبي ^(٣)

١ — في التضامن الايجابي

٦٢٣ — التضامن الايجابي ، وهو ما يقع بين الدائنين ، هو التضامن الذي يكون من شأنه أن يصبح كل دائن دائناً بكل الدين ^(٤) ويجوز له مطالبة المدين

(١) obligation solidaire (٢) obligation active (٣) solidarité passive (٤) in solidum أو totalité

بجميع الدين ، وإذا وفى الدين بكل الدين لهذا الدائن وحده برئت ذمته (المادة ١١٩٧ مدنى فرنسى)

وأشار القانون المصرى فى المادة ١٠٧ / ١٦١ مدنى الى هذا النوع من التضامن بأنه تفويض من كل من المتعهد لهم للباقيين فى استيفاء الشئ المتعهد به والتضامن بين الدائنين نادر الحصول لانه لا مصلحة للدائن مع الدائنين الآخرين أن يتضامن الكل فى تحصيل الدين وذلك خوفا من احتمال سوء نية المحصل منهم أو اعساره ، وما عليه عند ما يبل وقت الوفاء الا أن يوكل أحد زملائه بتحصيل الدين ان شاء .

ويحصل ان يقع التضامن الإيجابي بعد أن يكون قد سبق وجوده على شكل تضامن سلبى أى يتحول التضامن السلبى الى ايجابى لظروف خاصة : مثلا وهب زيد وبكر شيئاً بالتضامن لخالد على شرط قيام هذا الاخير بأعمال خاصة . فجاء خالد ولم يقيم بها فطلب زيد وبكر ابطال الهبة لهذا السبب . وإذا أصبح كل من زيد وبكر الواهبين دائنا أو مدعى فى طلب الابطال أى ان له الحق وحده فى مطالبة الموهوب اليه برد الموهوب أى ابطال الهبة جميعها بعد أن كان كل منهما مدينا بالتضامن عن تنفيذ الهبة ^(١) وهكذا من الامثلة الأخرى المشابهة لهذا المثل كما اذا باع اثنان بالتضامن ثم طلبا فسخ البيع أو اجرا بالتضامن ثم طلبا الفسخ لعدم قيام المتأخر بما هو ملزم به فى العقد .

فى آثار التضامن الإيجابي

٦٢٤ - هذه الآثار هى :

(١) لكل دائن حق المطالبة بكل الدين (المادة ١٠٧ / ١٦١ مدنى ١١٩٧ فرنسى) .

(٢) اذا أذتر أحد الدائنين للمدين أو قطع مدة القادم المسقط استفاد بقية الدائنين من هذه الاعمال (المادة ١١٩٩ فرنسى)

(١) د' ٩١٣' ٢٣٣٢ ومقال بلانيول - س ، ٢٠٩١١ ، ٢٥٧ ، ومقال « Tassier »

ولا يجوز لأحد الدائنين التصرف وحده في الدين جميعه بمعنى أنه لا يجوز له التنازل عنه كله الى الغير أو إبراء المدين منه بتمامه الا برضاء جميع الدائنين الشركاء (١) وذلك لأنه لا يجوز أن يترتب على التضامن الايجابى أكثر مما قصد منه . وما دام أنه قد كان الغرض منه تسهيل طريق الوفاء في الحصول على الدين جميعه فلا يصح أن يسهل ذلك

وبناء على هذه القاعدة إذا أبرأ أحد الدائنين المتضامنين المدين من الدين فلا يتناول هذا الإبراء أكثر من نصيب الدائن المبرىء (المادة ١١٩٨ مدنى فرنسى وهو حكم عام) . وكذلك إذا طلب أحد الدائنين المتضامنين تحليف المدين البين الحاسمة فلا تبرأ ذمة المدين عند الحلف الا بقدر نصيب الدائن طالب البين فقط (المادة ١٣٦٥ مدنى فرنسى وهو حكم عام أيضا

٣) إذا دفع المدين الدين كله الى أحد الدائنين المتضامنين برئت ذمته من جميع الدين ، الا اذا ثبته عليه من أحدهم بعدم الوفاء لنزاع قلم بينهم (المادة ١١٩٨ مدنى فرنسى)

٤) إذا حصل أحد الدائنين المتضامنين الدين كله وجب عليه تسليم شركائه نصيب كل منهم على حدة

٢ - في التضامن السليبي

٦٢٥ - يطلب التضامن بين اللدينين في مجال العمل . وبه يصح للدائن أن يطلب كل الدين من أى مدين يختاره من بين جماعة اللدينين المتضامنين . وفي هذا التضامن ضمان للدائن ضد احتمال أسعار أحد اللدينين . وقد جرت العادة على أن لا يقتصر الدائن على طلب التضامن بين مدينه بل يطلب أيضا التضامن بين المدين وكفيله . وشاعت هذه العادة بمحكم العمل في المسائل التجارية حتى أصبح التضامن بين اللدينين في المسائل التجاوية من الشروط المفروض وجودها بالعقد رغم عدم النص عليها

والتضامن السلبى اما أن يكون مقررًا بحكم القانون ويسمى بالتضامن القانونى^(١) واما ان يتفق عليه العاقدان فيما بينهم ويسمى بالتضامن التعاقدى

٦٢٦ — ولقد ورثت الشعوب الحاضرة المبادئ العامة للتضامن عن الرومان^(٢) وكان الالتزام التضامنى عند الرومان^(٣) وسيلة يستعين بها الملاقون ضد مبدأ قسمة الدين ، من طريق العمل على ما فيه مصلحة للدائنين . أو على ما فيه من تحميل المدينين بتكاليف أخرى غير تكاليف الدين . ولقد عني الرومان ثنائية خاصة بدرس التضامن السلبى هذا ونقله عنهم مفسرو القانون افرنسى المعروفون قبل سنة ١٨٠٤ وهم « دمولين » و « دوما » و « بوتييه » ولم تخرج الاصول الحاضرة المقررة فى التضامن السلبى فى الشرائع المدنية عما قرره الرومان أقدمهم^(٤)

١ — فى مصادر التضامن السلبى

٦٢٧ — الاصل فى الدين بين المدينين الكثيرين أن يقسم فيما بينهم ولا يلزم الواحد منهم الابتنىبه فى الدين قبل الدائن . أى لا يجوز لهذا الاخير مقلضة الواحد منهم الا بقدر نصيبه . أما التضامن فهو عارض عليهم اذ يرد على خلاف القاعدة الاصلية فهو استثناء عارض عليها حينئذ . لذا يجب أن لا يؤخذ فى التضامن بالظن أو الشبهة^(٥) (المادة ١٢٠٢ مدنى فرنسى) بل يجب أن يكون منصوفا عليه فى المقد الحاصل بين الطرفين أو فى القانون نفسه (المادة ١٠٨ بقرة أولى / ١٦٢ مدنى) ولذا يجب على القضاء فى حكمه بالتضامن أن يبين الظروف والوقائع التى استند اليها فى تقريره والا تعرض حكمه للنقض فيما اذا كان الامر المدنى متبصلا بأمر جنائى ومصادر التضامن على نوعين اما رضاء العاقدين ، واما القانون

١ — المصدر الاول للتضامن السلبى

رضاء العاقدين

٦٢٨ — قلنا إن التضامن لا يؤخذ فيه بالظن بل يجب النص عليه بعبارة

(١) solidarité légale (٢) وكان هؤلاء يسمونه corréalité (٣) obligation-corréale (٤) وكان قسما الفرنسيين يسمون التضامن solidarité لا solidité . كولين وكابيان ج ٢ ص ١٨٠ (٥) la solidarité ne se présume point

واضحة ولا يشترط في ذلك صيغة خاصة . بل يمكن أن تتم عبارات العقد على التضامن . ويثبت التضامن بوسائل الاثبات المقررة قانونا أى أنه خاضع لقيود الاثبات الكتابى والقولى (المادة ٢١٥ / ٢٨٠ مدنى و ١٣٤١ و ١٣٤٨ فرنسى)
أما في المسائل التجارية فقد جرت العادة على اعتبار التضامن مأخوذاً به رغم عدم النص عليه كما قدمنا في نبذة ٦٢٥

٢ المصدر الثانى للتضامن السلبى

القانون

٦٢٩ - يرجع القانون في تقريره التضامن الى أصول ثلاثة

١. — اما أنه يعبر عن غرض العاقدين أى يفترض ان العاقدين أرادا فعلا التضامن ويحصل ذلك فيما يأتى :

١ (يقضى بالتضامن في حالة عارية الاستعمال ^(١) في القانون الفرنسى (المادة ١٨٨٧ مدنى فرنسى) وان اعترض بأن التضامن لا يؤخذ فيه لا من طريق الظن أو القياس بل لا بد فيه من نص بالعقد أو بالقانون ، إلا أنه يظهر أن الشارع المصرى لم يذكر التضامن هنا لانه لا بد منه مادام كل من المستعيرين مسئولان ازاء الدائن عن الشيء جميعه لا عن جزء منه فاذا تلف الشيء الستمار فلا يلزم بالرد من أتلفه فقط بل من أتلف ومن لم يتلف لانه مطالب برد الشيء كله سليما . والالتزام بالرد هنا غير قابل للتجزئة . ومنرى فيما بعد حكم الالتزام غير القابل للتجزئة ووجه الشبه بينهما وبين التضامن

٢. — اذا وكل جملة أشخاص شخصا للقيام لهم ولصلحتهم بعمل خاص بهم جميعا كاجاء في المادة ٢٠٥٢ مدنى فرنسى التى لم يرد لها مثيل في القانون المصرى ولذا لانستطيع القول بهذه القاعدة فيه، الا اذا فهم من عبارة المقدم بأن السكل متضامنون في المصلحة الشاملة لهم
٣ (أعضاء شركة التضامن متضامنون بالنسبة للديون المطلوبة على الشركة حتى لو أمضى واحد منهم فقط على المقدم مادام العقد متعلقا بأعمال الشركة (المادة ٢٢ / ٢٨ تجارى و ٢٢ فرنسى)

(٤) يتضامن جميع من أمضوا أو رهنوا أو حولوا كميالة مع بعضهم البعض ازاها حاملها (المادة ١٣٧/ ١٤٤ تجارى و ١٤٠ فرنسى) وتمشى هذه القاعدة أيضاً على السند تحت الاذن اذا كان متعلقا بعمل تجارى بمقتضى المادة ٢/ ٣ و ٣ تجارى فرنسى و ١٨٩/ ١٩٦ تجارى و ١٨٧ فرنسى)

(٢٣٠-٢) وأما أن يقرر القانون التضامن من أجل حماية الدائن القاصر مثلاً ولاجل تقرير ضمان له من جانب شخص بالغ كما فعل القانون الفرنسى بشأن القاصر اذا تعينت أمه وزوجها وصيين عليه (المواد ٣٩٥ و ٣٩٦ مدنى فرنسى) ولا شبهه لهذا التضامن فى القانون المصرى

(٦٣١ - ٣) وإما أن يقرر القانون التضامن جزاء لما وقع من الخطأ^(١) من أفراد اشتركوا فى وقوعه مما ويسمى الخطأ فى هذه الحالة بالتقصير أو الخطأ المشترك^(٢) ومن العدل أن يتحمل الكل بالتضامن مسئولية الضرر الناشئ عن هذا العمل المشترك وقد ذكر القانون فى المادة ١٥٠/ ٢١١ مدنى انه يقضى بالتضامن فى جميع الاحوال الواردة بعد هذه المادة أى من ١٥١ - ١٥٣/ ٢١٢ - ٢١٥ مدنى بمعنى أنه يقضى بالتضامن فى حالة التقصير أو الخطأ المشترك سواء كان الخطأ مدنياً أم جنائياً وقرر القانون فى المادة ١٤٩/ ٢١٠ مدنى ان الاحوال للوه عنها قبل هذه المادة أى من ١٤٤ - ١٤٨/ ٢٠٥ - ٢٠٩ مدنى لا يجوز الحكم فيها بالتضامن وهى الاحوال الخاصة بأعمال الفضولى والمدفوع بغير حق والالتزام الطبيعى

(٦٣٢ - ٢) وأما الاحوال التى قضى فيها القانون بالتضامن فى حالة التقصير أو الخطأ المشترك فهى التى تتعلق بالخطأ على اختلاف أنواعه سواء أكان واقعا من شخص أم من شيء مملوك لشخص، على شخص او على شيء مملوك لشخص

وهذا النص المصرى ١٥٠/ ٢١١ مدنى ليس له شبهة فى القانون الفرنسى ولكن القاعدة التى قررها هى وليدة القضاء الفرنسى ووليدة الامادات القديمة الفرنسية

وبيان ذلك أن الرومان قرروا هذا التضامن فى حالة التقصير المشترك ثم جاء بوتييه وقرر هو الآخر هذه النظرية بعينها. ولكن الشارحين عارضوا كثيراً فى

الاخذ بها لانها مناقضة لما قرره المادة ١٢٠٢ مدني فرنسي التي قضت بأن لا يؤخذ في التضامن بالظن ولما كان القضاء الفرنسي جاداً في الاخذ بها فقد رد على هذا الاعتراض بقوله ان المادة ١٢٠٢ المذكورة خاصة فقط بالمعقود

قرر القضاء الفرنسي قاعدة التضامن في التقصير المشترك بطريقة مطرودة. وليكنه لم يثبت على حالة واحدة في تبين الاساس القانوني لهذه القاعدة

فاستند بعض الاحكام الفرنسية الى المادة ٥٥ عقوبات فرنسي القائلة بأن الاشخاص المحكوم عليهم معاً في جريمة أو جنحة واحدة يلزمون جميعاً بالتضامن بالغرامات والرد (١) والتعويض والمصاريف (ولا شبه هذه المادة بقانون العقوبات المصري)

ولكن الاحكام الفرنسية الأخيرة تميل الى اعتبار آخر اذ تقول بانها تحكم بالتضامن لأنه من المستحيل عليها تعيين نصيب كل من المسؤولين في المسؤولية الناشئة عن الجريمة المدنية (٢) وتستند أحياناً الى القول بعدم قابلية الخطأ في ذاته الى التجزئة (٣) ولم يخرج هذا الرأي عن سابقه بل هو صورة منه (٤) ويترب على الاخذ بمبدأ استحالة التجزئة وتعذر تعيين الانصبة في المسؤولية بأنه لا محل للتضامن كلما سهلت عملية التجزئة هذه وأمكن الاخذ بها وعلى ذلك يمتاز التضامن المنو عنه بالمادة ٥٥ عقوبات فرنسي عن التضامن الناشئ عن الجرح المدنية الصرفة في أن الاول لا بد من الحكم به وأنه لا عبرة مطلقاً بما اذا كان من الممكن تعيين نصيب كل من المتهمين في التهمة ومبلغ أثره فيها

هذا هو رأي القضاء الفرنسي ومبلغ ما وصل اليه في تقرير نظرية التضامن في المسؤولية الناشئة عن التقصير أو الخطأ المشترك . أما القانون المصري فانه رأى تقرير قاعدة التضامن هذه بنص صريح (المادة ١٥٠ / ٢١١ مدني) ويجب الاخذ بها أمام القضاء المدني المحض وأمام القضاء الجنائي فيما يتعلق بالتعويض المدني والرد والمصاريف المدنية فقط . وأما التضامن في العقوبة ، أي الغرامات ، فلا يمكن الاخذ به لانه لا نص عليه ولأنه مخالف لمبدأ الشخصية في العقوبة (٥)

(١) restitution (٢) ١٣٩٠.١.٩٠٨.د - س ١٨٣.١.٩٠٨.س -
(٣) ١٣٠.١.٩١٢.د indivisibilité de la faute (٤) ١٣٠.١.٩٠٦.د -
personalité des peines (٥) ٧٢.١.٩٠٥.س

٦٣٣ — هذا ولا شك في أن الشارع المصري نقل المادة ١٥٠/٢١١ مدني عن القضاء الفرنسي سنة ١٨٧٥ و ١٨٨٣ . وقد أخذت الشرائع الحاضرة بما قرره القضاء الفرنسي . فعل ذلك القانون الألماني بالمادة ٨٣٠ مدني إذ قررت ما يأتي « اذا تسبب جملة أشخاص في أحداث ضرر بناء على عمل غير مشروع قلموا به معاً ، أصبح كل واحد مسئولاً عن الضرر . وكذلك الحال أيضاً فيما اذا كان لا يمكن معرفة من الذي أحدث الضرر بتقصيره أو خطئه » ثم قررت المادة ٨٤٠ مدني الألماني تنمياً للبدأ المذكور بالمادة السابقة ما يأتي : « اذا أصبح جملة أشخاص مسئولين معاً عن عمل غير مشروع وجب اعتبارهم كمدنيين متضامنين » فقررت المادة الاولى مسئولية الجميع ، وقررت المادة الثانية التضامن في المسئولية

٦٣٤ — وكذلك فعل قانون الالتزامات السويسري اذ قررت المادة ٥٠ فقرة أولى منه ما يأتي : « اذا تسبب جملة أشخاص في أحداث ضرر معاً أصبحوا مسئولين بالتضامن عن اصلاح ما أفسدوه دون التمييز بين الموعز أي المحرض^(١) والفاعل الاصلى والشريك »

وأخيراً قرر القانون الايطالي بالمادة ١١٥٦ مدني بأنه « اذا نسبت الجنحة أو شبه الجنحة الى جملة أشخاص أصبحوا مسئولين جميعاً بالتضامن في اصلاح ما أحدثوه من الضرر »

و يدخل تحت هذا النوع ، أى التقصير المشترك ، مسئولية المهندس المعماري والمقاول بالتضامن مدة عشر سنوات عن خلل البناء (المادة ٤٠٩/٥٠٠ مدني و ١٧٩٢ فرنسي) والتضامن هذا هو تضامن قانوني لأن القانون نفسه هو الذي قال به

ب — في آثار التضامن

٦٣٥ — للتضامن آثار تتعلق بربط المدينين المتضامنين كتلة واحدة مع دائنهم وهي على هذا الاعتبار اما عامة واما خاصة ، أى أصلية أو قانونية

١٨ - في الآثار الاصلية للتضامن

٦٣٦ - يقول الرومان ، وهم واضعو الاسس الاولى للتضامن الحاضر ، أن للالتزام التضامني محلاً أو موضوعاً واحداً لا يتعدد^(١) بمعنى أن البائعين لعقار بالتضامن مثلاً ملزمون جميعاً بتسليم العقار المبيع للمشتري . وملزمون أيضاً وجميعاً بأن يضمنوا للمشتري وضع اليد السلمي الهادئ^(٢)

٦٣٧ - هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن الشيء الواحد الذي التزم به الجميع يصبح كل واحد منهم بمفرده مسؤولاً به لزاء الدائن . وعلى ذلك تقول بأن الروابط القانونية تعدد هنا بتعدد المدينين التضامنين . ومع تعدد روابط الالتزام فإن وحدة الشيء ، وهو موضوع الالتزام ، واحدة لا تعدد

ومن تعدد روابط الالتزام ووحدة موضوع الالتزام تكون نظرية الآثار العامة للتضامن ، أى الآثار الخاصة بربط المدينين التضامنين مع دائنهم

١ - الآثار الاولى من الآثار العامة : المدينون التضامنون

ملزمون جميعاً بشيء واحد لا يتعدد

٦٣٩ - يترتب على وحدة موضوع الالتزام التضامني وعدم تعدده ما يأتي :
١ () للدائن الحق في اختيار أحد المدينين التضامنين ومطالبته بالدين جميعه . وهذا ما يسمى بحق الاختيار^(٣) وهو حر في اختيار من يشاء من بينهم لمقاضاته أو مقاضائهم معاً وجميعاً من باب أولى (المادة ١٠٩ / ١٦٥ مدني و ١٢٠٣ فرنسي) وإذا اختار واحداً منهم دون الباقي فقد عرض هذا الواحد الى الخطر الذي يمكن أن ينشأ عن افسار الباقيين وهو ما يسمى « بخطر الدفع مقدماً »^(٤) ولكن للمدين هذا حق طلب ادخال بقية المدينين للتضامين معه خصوصاً في الدعوى باعتبارهم ضامين له في هذا الدين وهو ما يسمى بالدفع بطلب ادخال ضامن^(٥) (المادة

(١) eadem pecunia و eadem res أى seul et même objet (٢) libre et-

droit d'élection (٣) paisible possession كالتأخر ١٨٤ (٤) péril de l'avance (٥) exception dilatoire de garantie

١٤٤١/١٥٧ مرافعات ١٧٥٥ فرنسی) ولكن لن يعود وراء دخول الضامین نفع اذا كانوا معسرین . ومعلوم أن الدائن حر فی اختیاره ان يشاء للتنفيذ علیه بكل الدين فيما اذا أخذ حكماً ضد الجميع

(٢) اذا وفي أحد المدينين التضامین بالدين انقضى الالتزام بالوفاء وقطعت معه روابط الالتزام التي كانت تربط جميع المدينين بالدائن

(٣) للمدين الطالب بالدين حق التمسك قبل الدائن بجميع الدفوع الخاصة بنفس الالتزام (المادة ١١٢/١٦٨ مدنی و ١٢٠٨ فرنسی^(١)) فله رفع الدعوى بعدم مشروعية الالتزام أو عدم وجود سبب له أو بعدم توافر الشروط الشكلية الخاصة بالعقد^(٢) اذا كان المقدم من العقود الخاضعة حكماً لشكل خاص . وله أيضاً دفعها بحصول غش أو إكراه وقت التعاقد اذا كان الكل فيه سواء (أى جميع المدينين) . وله دفع الدعوى بأسباب انقضاء الالتزام جميعه كالانقادم والوفاء وتلف الشيء أو ضيائه ، أو تحقق الشرط الفاسخ للالتزام . وللمدين الحق في دفع الدعوى بالإبراء إذا حصل إبراء من الدائن عن جميع الدين الى أحد المدينين لان الإبراء إما أن يكون حاصلًا عن نصيب الدين فقط ولما عن جميع الدين . فاذا كان الاول فلا يستفيد منه الا من وقع له . واذا كان الثاني استفاد منه جميع المدينين . وفي هذه الحالة لا يؤخذ في الإبراء الكلى بالظن والتخمين بل لابد فيه من نص صريح (المادة ١١٤/١٧٠ مدنی) وعند عدم النص الصريح على الإبراء من جميع الدين يجب قصر الإبراء على المدين الذي توجه اليه الإبراء فقط (المادة ١٨٢/٢٤٥ مدنی)

٢. - الأثر الثاني من الآثار العامة

كل مدین متضامن ملزم ازاء الدائن برباط خاص به

٦٤٠ - قلنا إنه مع وحدة موضوع الالتزام تعدد روابط الملزمين وقد

رأينا ما يترتب على وحدة الموضوع ولنتظر الآن في تعدد الروابط

يترتب على تعدد روابط الالتزام التضامنى ما يأتى :

(١) ويجوز لتكثير التضامن ان يدفع دعوى الدائن بكل الدفوع الخاصة بالدين الاصلى وعلى الاخص الخاصة بين الدين وما هو بصفة الدائن المدين : ٢٠ ابريل سنة ١٩١١ ، ٢٣ ، ٢٧٣ solennité (٢)

(١) اذا اقتصر الدائن على مقاضاة مدين واحد دون الباقيين ولم يحصل منه الا على جزء من دينه جزله مقاضاة الآخرين لتحصيل ما بقي له من الدين، وجاز له مقاضاة الباقيين أيضا لأجل مطالبة الكل بجميع الدين^(١) وهذا المبدأ على عكس ما كان عليه الرومان حيث كانوا يقررون أنه بمجرد أن يتم الاشهاد على الخصومة^(٢) بين الدائن والمدين التضامن، وهو للدعي عليه وحده في الدعوى، تبرأ ذمة بقية المدينين للتضامين.

(٢) ما دام كل مدين مرتبطا بالدائن برابط خاص فإنه يترتب على ذلك اختلاف في الروابط ترجع لاختلاف أشخاص المدينين. مثلا

١. — اذا شاب رضا المدين للتضامن عيب كلفظ والغش والاكراه، أو كان موقوف الاهلية

٢. — اذا تعاقد المدين المتضامن تحت شرط وتعاقد زملاؤه تعاقدًا بسيطًا في هاتين الحالتين يجوز للمدين هذا وحده دون غيره من بقية المدينين المتضامين دفع الدعوى بهذا الدفع الخاص به (المادة ١١٢/١٦٨ مدني ١٢٠٨ فرنسي)

٣. — يحصل أن ينقضي الالتزام التضامني بالنسبة لاحد المدينين دون الآخرين كما يحصل ذلك فيما اذا أبرأ الدائن هذا المدين وحده من الدين أو أن هذا المدين أصبح هو الآخر دائنًا لمدينه فيلتقي الدينان قصاصا فتبرأ ذمة المدين بالمقاصة أو أن المدين يصبح دائنًا لمدينه من طريق اتحاد الذمة فيسقط عنه الالتزام أيضا (المادة ١١٣/١٦٩ مدني ١٢٩٤ فقرة ٣ فرنسي)

٦٤١ — هذه الاحوال الخاصة يستفيد منها المدين المتضامن الذي نقلت به دون غيره ولكن اذا كانت لا يستفيد منها الا المدين نفسه ألا يجوز مع ذلك أن يستفيد منها بقية المدينين بقدر نصيب هذا المدين. بمعنى انه اذا كانوا ثلاثة مثلا وكان الدين ١٢٠ جنيتها وحصل الابراء في ٤٠ وطالب الدائن الاثنين الآخرين بالدين كله ١٢٠ جنيتها أفينكون لهذين الآخرين دفع الدعوى بمقدار ٤٠ وهو نصيب زميلهم والزامهم فقط بمبلغ ٨٠ جنيتها؟ الجواب على ذلك يستلزم التفصيل

(١) المادة ١٢٠٤ مدني فرنسي وهو حكم علم تقضي به طيعة التضامن الآد (٢) titis contestation

أولاً : حالة الابراء واتحاد الذمة : يصبح التمسك بالانقضاء الجزئي وخصم مقداره من الدين الكلي في حالة ابراء الدائن أحد المدينين ابراء شخصياً خاصاً وكذلك في حالة اتحاد الذمة كما اذا أصبح الدائن وارثاً لاحد المدينين (المادة ١١٣/ ١٦٩ مدني و ١٢٠٩ و ١٣٠١ قرة ٣ فرنسي)^(١)

ثانياً : حالة تصالح التاجر المفلس مع دائنيه^(٢) : لا يجوز للمدينين التضامنين مع المفلس أن يتمسكوا بهذا التصالح وذلك لان الدائن الذي تنازل عن جرمه من دينه أي رضى بالابراء التصالي^(٣) قد كان مكرهاً على هذا الابراء ولو الى حد ما ، ويبقى المدين بعد التصالح مشغولاً بطريق الالتزام الطبيعي عن اداء الباقي عليه كما توضح في نبذة ٣٧٣ ص ٣٦٤ و ٣٦٦ . هذا وقد يصعب تبرير هذه القاعدة اذا كان التصالح مع المفلس ابراء جزئياً ولكن الحقيقة انه ليس ابراء جزئياً نهائياً وهذه القاعدة مأخوذة بها ومسلم بصحتها في القانون التجاري^(٤)

ثالثاً : في حالة المقاصة : وفيها التفصيل الآتي في النبذة التالية :

٦٤٢ — في المقاصة تفصيل في القانون الفرنسي بحسب المادة ١٢٩٤ قرة ٣ وفي القانون المصري بحسب المادتين ١١٣ و ٢٠١ مدني وبيانه :

أولاً — القانون الفرنسي : قرر في المادة ١٢٩٤ قرة ٣ مدني ما يأتي : « وكذلك لا يجوز للمدين التضامن الاحتجاج بالمقاصة الحاصلة بين دائته وشريكه المدين التضامن معه » مثلاً : زيد يدان بكرًا وخالدًا بالتضامن في مبلغ ٢٠٠ جنيه ثم أصبح زيد مديناً لبكر في مبلغ ٢٠٠ جنيه . فاذا طالب زيد بكرًا بالدين كله جاز لهذا الأخير دفع الدعوى بالمقاصة وفي هذه الحالة تبرأ ذمة بكر وتبرأ ذمة خالد أيضاً ازاء زيد . ولكن لا تبرأ ذمة خالد ازاء بكر في نصيبه هو (أي نصيب خالد في الدين وهو ١٠٠ جنيه)

أما اذا طالب زيد خالدًا بالدين كله فلا يجوز لخالد دفع الدعوى بالمقاصة الحاصلة بين زميله بكر ودائته زيد ، حتى ولا بمقدار نصيب بكر في الدين (والمفروض ان

(١) ٣ مايو سنة ١٩١٧ ، ٤٠٣ ، ٢٩٦ ، concordat (٢) Remise concordataire (٣) انظر تأخير في التجاري ٢١٠٢ - ٢١٠٦ ص ١٠٧٥ (٤)

زيداً لم يطالب بكرّاً ولم يتسك هذا الأخير قبله بالمقاصة طبعاً (والسبب في ذلك ان حق بكر قبل زيد لا علاقة له بخالد ، ولا يجوز لخالد التسك به لانه أجنبي عنه ، ولان المقاصة والدفع بها من المسائل الشخصية التي تربط بكرّاً بزيد بحيث يجوز لبكر أن لا يتسك بالمقاصة قبل زيد ، وفي هذه الحالة يدفع الدين كله ويرجع على خالد بنصيبه وهو ١٠٠ جنيه . انما يرجع بكر بعد ذلك على زيد ويطالبه بمبلغ الـ ٢٠٠ جنيه المطلوبة له قبله ، وهو شأنه معه فيما اذا أعسر زيد أو لم يعسر

ثانياً — **القانون المصري** : في القانون المصري مادتان ١١٣ و ٢٠١ مدني قد تظهر عليهما أمارات التعارض أو التناقض . تقول أولاهما ما يأتي : « لا يجوز لاحد المدينين المتضامين لبعضهم في الدين ان يحتج بالمقاصة الحاصلة لغيره من المدينين مع الدائن ... » هذا هو الجزء الهام من المادة وهو المقصود بالدائنات . ثم ورد بعده الجزء الآتي : « ... واذا انحلت الذمة بأن انصف الدائن أو احد المدينين المتضامين لبعضهم بصفتي دائن ومدين في آن واحد بدين واحد جاز لكل من المدينين التسك بهذا الاتحاد بقدر الحصة التي تخص شريكهم في الدين . » و اردنا اثبات هذا الجزء الأخير من المادة لبيان قوة الشطر الاول

وذكرت المادة ٢٠١ انه « لا يجوز لاحد المدينين المتضامين ان يتسك بالمقاصة المستحقة لباقي المدينين المذكورين الا بقدر حصتهم في الدين »

ومن مقارنة المادة ١١٣ في شطرها الاول مع المادة ٢٠١ نرى ان التناقض ظاهر . إذ ينمى الاولى تقول بعدم جواز التسك بالمقاصة الحاصلة بين احد المدينين المتضامين والدائن — وهي تحكي بذلك المادة ١٢٩٤ فقرة ٣ مدني فرنسي — إذ تقول الثانية بجوازها بقدر نصيب المدين الذي تقاس مع الدائن (وهي تماوض المادة ١٢٩٤ فقرة ٣ مدني فرنسي)

فبأي المادتين يجب الاخذ ؟ هل يؤخذ بالاولى دون الثانية ، أو بالثانية دون الاولى ، أو لا يؤخذ بها مما تلتا شيها بالتناقض ويرجع حينئذ الى العدالة ؟ هناك رأيان : رأى قال به دى هلس . ورأى اخذ به فتحي باشا زغول

٦٤٣ - رأى دى هلس: يرى دى هلس^(١) ان المادة ١١٣ خاصة بالصور التى تكون فيها المقاصة حاصلة بين الدائن وأحد المدينين المتضامين فى الدين كله ، فلا يجوز لمن رفضت عليه الدعوى ان يحتج بها على انقضاء الدين كله كما يحتج بها من حصلت معه «^(٢)

ثم رأى دى هلس ان يوضح هذه القاعدة بالمثل الآتى : زيد يدين بكرةً وخالداً وعلياً فى اثنى عشر ألف فرنك . ثم صار مديناً ل بكر فى خمسة عشر ألف فرنك . وأقام زيد دعوى على خالد يطلب دينه . لا يجوز لخالد أن يدفع بانقضاء الدين كله بسبب المقاصة بين زيد وبكر ويتمتع من دفع جزء منه بتلك الحجة كما لو كان هو بكرةً المدعى عليه . والسبب فى ذلك عدم التحقق من ان بكرةً لا يبطل المقاصة بتركها ، وان كانت واقعة حين التقاضى . لأن الترك يسرى على الماضى ، أى يجعل المقاصة كأن لم تقع » ثم قال دى هلس عقب ذلك ما يأتى : « الا انه من المبادئ المسلم بها ان هذا الترك لا يترتب عليه ضرر لباقي المدينين المتضامين ، بل حالتهم بعده تبقى كما كانت قبله . وحالتهم قبل الترك هى براءتهم من دين زيد وصيرورتهم مدينين لبكر كل بقدر نصيبه بعد اسقاط نصيب بكر المذكور وهذه الحالة هى التى اراد القانون الاحتفاظ بها فى المادة ٢٠١ أعنى ان خالداً وعلياً يحتجان بالمقاصة بقدر نصيب بكر وهو أربعة آلاف »

ولمخص ذلك كله أن خالداً وعلياً لا يحتجان بالمقاصة الحاصلة فى كل الدين بل يحتجان فقط بالمقاصة الحاصلة فى نصيب بكر فقط . وعلى الشطر الاول تسرى المادة ١١٣ القاضية بالمنع الكلى . وعلى الشطر الثانى تسرى المادة ٢٠١ القاضية بالمنع البعضى أى ان مجال المادة ١١٣ هو عدم جواز التمسك بالمقاصة فى كل الدين : وأما مجال الأخذ بالمادة ٢٠١ فهو جواز التمسك بالمقاصة فى نصيب المدين الذى تقاص مع الدائن

هذا ويلاحظ « دى هلس » بحق انه : « مما لا شبهة فيه ان نص المادتين ١١٣ و ٢٠١ قاصر على حالة ما اذا لم يكن صاحب المقاصة قد احتج بها اما اذا كان قد

(١) ج ٣ ص ١٤٨ - ١٥١ ن ١٢٠ - ١٢٠ هذه الترجمة وما بعدها مما نقله عن دى هلس ترجمة فتحى بلشا زغول بكتابته شرح القانون المدنى ص ١٦٦ - ١٦٧

فعل فان الدين كله يسقط ولا يعود للدائن حق قبل باقى الدائنين ويصبح كل واحد من هؤلاء مسئولا لصاحب المقاصة بتصيبه فى الدين اذا قبلت المقاصة أمام القضاء . أما اذا رفض فيقضى عليه بدفع الدين كله »

وهذا هو عين ما قررناه فى تفسير المادة ١٢٩٤ قرة ٣ فرنسى لانه لا يمكن أن يكون القول على خلاف ذلك ، ما دام الدفع بالمقاصة وفاء بالمعنى . فاذا وفى أحد المدينين المتضامين ائدين كله سواء أ كان الوفاء بالتقدي أم بحملة المقاصة ، فلا يجوز الرجوع على المدينين الآخرين

وعلى ذلك يكون « دى هلس » قد وفق بين النصين ولم يشأ ان يتضى على أحدهما بالآخر أى انه لم يعتبر ان اثنائى ناسخ للاول . وهذا على خلاف ما ذهب اليه فتحى باشا زغول

٦٤٤ - رأى فتحى باشا زغول : يلاحظ فتحى باشا زغول (ص ١٦٩

من كتابه شرح القانون المدنى) « ان المادة ١١٣ اشتملت على حكيتين أحدهما خاص بالمقاصة والثانى خاص باتحاد الذمة فنمت التمسك بالاولى وأجازت التمسك بالثانية على قدر نصيب من اتحدت الذمة فيه وسيباق النصين اثر بعضهما يؤدى حتما الى القول بن المنوع ممنوع مطلقا أى كله وجزؤه »

ثم قل فتحى باشا زغول (ص ١٢٠) « بان الشارع أراد بالمادة ٢٠١ ان يخالف عمداً ما قرره المادة ١٢٩٤ قرة ٣ فرنسى بعد أن نسي ما قتله فى المادة ١١٣ . ولا حرج بعد ما تقدم بان النص الاول جاء عفواً لوجود النص الثانى بعده ناسخا . وان لم يكن نص المادة ١١٣ قد وضع بلا التفات فنص المادة ٢٠١ الوارد بعده وضع بالتفات تام وهو لذلك ناسخ له بالضرورة » .

٦٤٥ - ويريد فتحى باشا زغول بذلك كله أن يقول بان المادة ٢٠١ نسخت المادة ١١٣ أى أن المادة ١١٣ أصبحت ولا وجود لها فى عالم التشريع المصرى ، فيما يتعلق على الاقل بالشطر الاول منها ، وأن المادة ٢٠١ هى التى يجب الاخذ بها ولكننا لو جازنا فتحى باشا زغول فى رأيه هذا لرأينا أنه من نتائج الاخذ بالمادة

٢٠١ انه يجوز الأخذ بالمقاسة بقدر نصيب الدين الذي تقاسم مع الدائن لا بتقدير الدين كله الذي حصلت فيه المقاسة فالدفع بالمقاسة في كل الدين محظور على الدين ، والدفع مباح بالمقاسة في نصيب الدين المتقاصي .

وإذا كان الأمر كذلك أصبحت المادة ٢٠١ لا تنمارض مع المادة ١١٣ ولانه لا يمكن تفسير المادة ١١٣ الا بأنها حظرت التمسك بالمقاسة في الدين كله ولذا فانا نرجح الأخذ بمذهب «دى هلس» دون مذهب فتحي باشا زغلول لان طريقة التوفيق بين المواد وعدم العمل على نسخ احداها بالآخرى هي أسلم وسائل التفسير في القانون وأضمن لمواد القانون في أعمال الكلام أولى من إهماله يعني لا يهمل الكلام ما أمكن حله على معنى (١)

على انه لو أخذ برأى دى هلس أو رأى فتحي باشا زغلول فان المذهبين متفقان على تفسير المادة ٢٠١ . وانما محل الخلاف بينهما هل مع الاتفاق على تفسير المادة ٢٠١ يبقى مع ذلك أثر للمادة ١١٣ ؛ يقول دى هلس بالاثر ويقول فتحي باشا بعدم الاثر وسواء أكن هذا أم ذاك فان معنى المادة ١١٣ منطوق تحت نص المادة ٢٠١ . لان هذه المادة في اجازتها التمسك بالمقاسة بقدر نصيب الدين المتقاص ، أرادت بذلك أن تحظر التمسك بالمقاسة في كل الدين . وهذا هو عين ما ارادته المادة ١١٣ . فكيف يمكن بعد ذلك ، القول بنسخها وعدم وجودها . أن الذى جعل فتحي باشا يقول بنسخها هو ورودها بشكل عام أى أنه يحتمل أن ترمى الى الحظر في التمسك بالمقاسة في الدين كله أو بعضه ولكن لا يمكن مع ذلك ، القول بنسخها ما دامت المادة ٢٠١ تؤيدها في شطر من شطرى معناها . أى أنها تؤيدها في الحظر الجزئى نصاً ، وتؤيدها في الحظر الكلى ضمناً كما بينا ذلك

٥٤٦ - ونخرج من ذلك كله الى القول بأنه لا تعارض ولا تناسخ ، وان اللادتين ١١٣ و ٢٠١ متفقتان مبنى ومعنى ، وان الشارع المصرى أراد بهما مخالفة المادة ١٢٩٤ قرة ٣ مخالفة صريحة كما بينا . انما يجب أن نلاحظ أن القانون المصرى والقانون الفرنسى يتفقان في مسألة واحدة وهو ما اذا كان الدين المتقاص

قد تمسك بالمقاصة . اذ في هذه الحالة يعتبر الدين مدفوعاً بعملية المقاصة الى الدائن فلا يجوز لهذا الاخير مطالبة الدينين الآخرين به ، اذ لم ، ولا شبهة ، حق دفع الدعوى قبله بمحصول المقاصة السابقة^(١)

٤ () ما دام أن لكل مدين متضامن رابطاً خاصاً يربطه بدائنه فإنه يترتب على ذلك نتيجة خاصة أيضاً في حالة وفاة المدين للتضامن . فاذا كان الدينون التضامنون ثلاثة ودينهم ٣٠٠ جنيه ومات أحدهم وترك ولدين وجب على هذين الولدين الوفاء بكل الدين أيضاً أى ٣٠٠ جنيه ولكن لا يلزم كل منهما إلا بمبلغ ١٥٠ جنيهاً أى لا تضامن بين الوارثين أما التضامن بين المدينين الآخرين فإنه لا زال قائماً . وكل هذا يرجع لتلك القاعدة التي قررناها وهي « وحدة الموضوع وتعدد الروابط القانونية » إلا اذا ورد بالعقد ما يفيد التضامن وعدم قابلية الدين للتجزئة^(٢) ولكن هل تستقيم هذه القاعدة الاخيرة الرابعة مع القاعدة الشرعية الاسلامية في أن « لا تركة الا بعد وفاة دين » ؟ بمعنى أنه اذا طالب الدائن وارثي الدين المتضامن بمبلغ ٣٠٠ جنيه فهل يجوز لكل وارث أن يتمسك بأنه لا يلزم الا بنصيبه فقط وعلى ذلك يتحمل الدائن اعسار الوارث الآخر فيما اذا لم يدفع هذا الاخير دينه ؟ الذي نقول به أن القاعدة الشرعية تتنافى مع هذه القاعدة الرابعة إلا في حالة ما اذا خاصم الدائن التركة في شخص جميع الورثة باعتبارها كائناً معنوياً حتى تمام التصفية لان الاعسار الاحتمالي يتحمله الورثة قبل الدائن ، ولان الوارث لا يأخذ شيئاً من التركة الا بعد استيفاء ديونها المحملة بها

§ ٢ - في الأثار الثانوية للتضامن

٦٤٧ - من شأن وحدة الموضوع في الالتزام التضامني أن تقرر آثار ثانوية هامة تمشي على الدينين التضامنين . ومن شأن هذه القواعد تقوية الضمان المقرر للدائن . وترجع هذه الآثار الى الوكالة المتبادلة^(٣) الموجودة بين المدينين

(١) ٢٠ ابريل سنة ١٩٠٩ ، ٢٣ ، ١٧٣ . وصح لضمامن التضامن ان يدفع دعوى الدائن بالمقاصة ٢١ ابريل سنة ١٩٠٩ ، ٢١ ، ٣٨٣ (٢) *solidairement et indivisiblement* (٣) *mandat mutuel*

المتضامين ، أى أن كلا منهم وكيل وكفيل للآخر وهذا ما نصت عليه المادة ١٠٨ / ١٦٢ فقرة ثانية / ١٦٢ و ١٦٣ و ١٦٤ مدنى
أما هذه الآثار فهي :

٦٤٨ - ١) الانذار ^(١) الموجه من الدائن لاحد المدينين المتضامين يسرى على الجميع أى على من وجه اليه وعلى من لم يوجه اليه . وقررت المادة ١١٠ / ١٦٦ مدنى فى ذلك ما يأتى : « مطالبة أحد المدينين المتضامين . مطالبة رسمية واقامة الدعوى عليه بالدين يسريان على بقى المدينين » (راجع للمادتين ١٢٠٥ و ١٢٠٧ مدنى فرنسى) وهذه القاعدة قديمة ومن آثارها اقتصاد فى المصاريف التى ربما كانت تكثر على المدين ^(٢) ويترتب على هذه القاعدة ما يأتى :

١ - تسري القوائد القانونية فى القانون المصرى لمصلحة الدائن ضد جميع المدينين . من وقت رفع الدعوى على أحدهم (المادة ١٢٠٧ فرنسى) وهى قاعدة مستفادة من القاعدة العامة المقررة بالمادة ١١٠ / ١٦٦ مدنى)

٢) اذا كان محل الالتزام شيئا معيناً ^(٣) فهلاكه على جميع المدينين المتضامين من تاريخ انذار الدائن لاحدهم . فاذا هلك الشئ قبل التسليم فى حادث جبرى أو قهرى ألزم الدائنون التضامنون جميعاً بقيمة هذا الشئ (المادة ١٢٠٥ فرنسى) وهذا حكم أيضاً من أحكام المادة ١١٠ / ١٦٦ مدنى

لكن يلاحظ على المادة ١٢٠٥ فرنسى انها ميزت بين المدين للنذر (بالفتح) شخصياً وبين بقية المدينين الذين لم يندروا فجعلت مسئولية هؤلاء الآخرين مقصورة على نمن الشئ المالك فقط ، بينما جعلت مسئولية المدين للنذر شاملة أيضاً التعويض ثم قررت هذه المادة نفس هذه التفرقة فى حالة ما اذا حصل هلاك الشئ بتقصير المدين فسوت بذلك بين حالة الانذار والتقصير أو الخطأ

ويلاحظ الشارحون انه لا محل لهذه التفرقة وليس لها سبب معقول لانه يجب أن تكون حقوق الدائن واحدة قبل جميع المدينين المتضامين ^(٤)

(١) mise en demeure أى إثبات التأخير (٢) ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٠٨ - ٣٣٠ - ١٠

ديسمبر سنة ١٩١٩ - ٥٩ - ٢٧ إبريل سنة ١٩٢٢ - ٣٧١٠٣٤ (٣) corps certain

(٤) كولين وكابيان ج ٢ ص ١٨٧

٦٤٨ - والسبب في وضع هذه المادة ١٢٠٥ فرنسي مع هذه التفرقة بين المنذر أو المقصر وبين غير المنذرين أو غير المقصرين أن الشارع الفرنسي نقلها عن بوتيه حيث قرر هذا الأخير تلك القاعدة . ولقد سبق للقانوني « دومولين »^(١) أن قررها هو قبل بوتيه وكان يرمى بها الى محاولة التوفيق بين نصين بل موسوعات ازرومانية^(٢) تظهر عليهما امارات التعارض أو التناقض حيث يقول أحد النصين ما معناه « إن تأخير الواحد يضر الآخرين »^(٣)

ويقول النص الآخر ما معناه « تأخير الواحد لا يضر الآخرين »^(٤) ففعل دومولين همه في التوفيق بين هذين النصين مستمينا في ذلك بقاعدة قانونية قبل عنها انها هي الاخرى غير صحيحة^(٥) هذه القاعدة القانونية هي قاعدة الوكالة المتبادلة^(٦) بين المدينين المتضامين أي أن كل واحد يعتبر وكيلًا بالنسبة للآخر فيما يتعلق بالحفاظة على الالتزام^(٧) ولا يعتبر الواحد وكيلًا عن الآخر فيما ينصرف الى زيادة مبلغ الالتزام^(٨) وعلى ذلك قرر دومولين بأنه اذا حصل هلاك الشيء في حادث جبري أو قهري بعد الانذار فلا يعني الدائنون الآخرون من قيمة الشيء . وانه في هذه الحالة يصح القول الاول « عمل الواحد يضر الآخرين »^(٩) بمعنى أن بقية الدائنين تتحمل نتيجة عمل المدين فيما اذا انصرف عمل هذا الأخير الى استمرار الالتزام وجعله قائما . وعلى العكس من ذلك في حالة التعويض التكميلي^(١٠) فانه مادام من شأن هذا التعويض احداث زيادة في مقدار الالتزام الاصلى وقيمه فانه لا يلزم به الا من كان مقصراً فقط^(١١) اذ في هذه الحالة يصح القول « بأن تأخير الواحد لا يضر الآخرين »^(١٢) ولاحظ المفسرون على هذا الاجهاد من قبل « دومولين » انه في غير محله ولكن الشارع الفرنسي أخذ به على كل حال في المادة ١٢٠٥ كما انه لوحظ أيضا انه اذا كان الشارع الفرنسي

la (١) Dumoulin (٢) Digeste (٣) alterius factum alteri nocet أي (٤) alterius mora alteri non nocet mise en demeure de l'un nuit à l'autre (٥) أي (٦) la mise en demeure de l'un ne nuit pas à l'autre حيار في الرومان (٧) ad conservandam obligationem mandat mutuel (٨) ٧٥٦ (٩) ad augendam obligationem (١٠) alterius factum alteri nocet (١١) dom- (١٢) alterius ep faute و in mora mages-interêts supplémentaires

قد اراد فلا الاخذ بهذا الاصل الذى قرره دومولين وأخذ عنه بوتييه وانه لا يجوز تحميل بقية المدينين المتضامين ما من شأنه أن يزيد من مقدار الالتزام بمثل وسبب احد المدينين المتضامين ، فلماذا قرر الشارع الفرنسى بالمادة ١٢٠٧ ان انذار المدين يجعل الفوائد تسرى على بقية المدينين اذا كان الدين مبلغا من المال ؟ أليست الفوائد هى الاخرى شكلا من أشكال التعويض التكميلى الذى من شأنه أن يحدث زيادة فى قيمة الدين الاصلى ؟

٦٥٠ — هذا هو مبلغ ما قلّه الفرنسيون بشأن المادة ١٢٠٥ فما هو اثر رأى الآن بالنسبة للقانون المصرى ؟ هل يصح الاخذ بهذه الفقرة التى قالت بها المادة ١٢٠٥ فرنسى أم لا يصح ؟

قلنا ان المادة ١١٠/١٦٦ مدنى قررت بأن الانذار ورنع الدعوى قبل الواحد من المدينين يحدثان جميع النتائج القانونية قبل الجميع على السواء . ومعنى ذلك أن الشارع المصرى قرر ما قرره الشارع الفرنسى بالمادة ١٢٠٧ من أن اقوائد تسري ضد الجميع اذا حصل انذار^(١) بها أى لاحد من أى أن بقية المدينين غير المنذرين يتحملون التعويض الذى من شأنه احداث زيادة فى قيمة الدين الاصلى الذى كان السكل ملتزمين به فى الاصل

٦٥١ — ولكن مع هذه القاعدة السابقة المقررة بالمادة ١١٠/١٦٦ مدنى يقرر القانون المصرى مع ذلك بالمادة ١١١/١٦٧ مدنى ما يأتى : « لا يجوز لاحد المدينين المتضامين أن يتفرد بفعل ما يوجب الزيادة^(٢) على ما التزم به بقى المدينين » وهذه المادة تحكى تماما النص الرومانى الثانى^(٣) « تأخير الواحد لا يضر الآخرين » وهو أحد النصين اللذين حاول دومولين التوفيق بينهما . وكأن الشارع المصرى أراد هو الآخر الأخذ ضمنا بما قرره المادة ١٢٠٥ فرنسى عند هلاك الشئ بعد انذار المدين ، أو اذا كان الملاك بتقصير المدين . واذا كان الامر كذلك فيكون الشارع المصرى قد وقع فى محذور التناقض الذى وقع فيه زميله الفرنسى من قبل . اذ يقرر كل منهما عدم تحميل المدينين غير المنذرين أو غير المقصرين التعويض بينما

(١) يلاحظ أن الانذار يكفى لريان الفوائد فى القانون الفرنسى ولكنه لا يكفى فى القانون للمصرى (٢) ne peut par son fait augmenter (٣) alterius mora alteri non nocet

يقرآن في آن واحد ان المدينين غير المنكرين يحملون الفوائد الناشئة عن ائتمان أحدهم . والفوائد هي صورة من صور التعويض

٦٥٢ - وأما للملاحظة التي أبداهها كولين وكايتان في انه يجب أن تكون حقوق الدائن قبل جميع الدائنين واحدة فأنهما أبدياهما بشأن عدم استحسانهما للانعانة المستفادة من المادة ١٢٠٥ مدني فرنسي والتي تقررت بعبارة صريحة بالمادة ١١٠/١٦٦ مصري أي أن المادة ١١٠/١٦٦ مدني لا تتفق مع وحدة الحق للتضامني من اللذين قيل دائنهم

ونحن نأخذ بما لاحظته كولين وكايتان ونزيد عليه أن الشارع المصري (وكذلك أيضاً الشارع الفرنسي) في تقريره للمادة ١١١/١٦٧ مدني اقرره انه لا يجوز للمدين التضامن أن يعمل على ما من شأنه زيادة الدين وأنه لا يجوز تحميل بقية المدينين بهذه الزيادة - هذا الشارع المصري تأثر هو الآخر بما كان ولا يزال يحوم حول نظرية الخطأ^(١) من أنه يلحظ فيها دائماً العنصر العتوي أي نية الاضرار وتعتمد احداث الضرر ، وان الخطأ على هذا الاعتبار هو جنحة مدنية يجب فيها قصر المسؤولية المدنية على الخطيء أحياناً بنظرية شخصية المقوبة^(٢) . ويظهر لنا أن الشارع المصري ذهب الى أبعد من ذلك أيضاً اذ لم يهمل مسؤولية المدين التضامن على حالة الخطأ فقط بل جعلها تمتد أيضاً على غير الخطأ أي على أي عمل^(٣) أيأ كان يترتب عليه زيادة في أصل الالتزام التضامني ، خطأ كان أو غير خطأ ، ما دام بقية اللذين للتضامنين لم يكن لم ضلع فيه^(٤)

٦٤٣ - وإذا كان الشارع المصري قد أراد بكلمة عمل^(٥) أي عمل خطأ كان^(٦) أو غير خطأ فيكون بذلك قد خلف ما يمكن أن يكون قد اراده الدائن من تضامن اللذين امامه في الدين ، لان الدائن يرمى في الغالب ويكد يكون ذلك دائماً ، الى أن يضمن الوفاء بدينه بجعل اللذين متضامنين بمعنى انه اذا قصر أحدهم في الوفاء بأي شكل من أشكال التقصير عمداً كان او بغير عمد فانه يجب على الآخرين أن يضمنوه في ذلك التقصير ، وإلا فأت جزء عظيم من مزايا التضامن

(١) faute (٢) personnalité des peines (٣) fait (٤) انظر النص الفرنسي

بالمادة ١١١/١٦٧ مدني مصري (٥) fait (٦) faute

٦٥٤ - وما دامت للمادة ١١١/١٦٧ مدني قسرت القاعدة بطريقة مطلقة^(١) ولم تقررهما بطريقة نسبية أو شخصية^(٢) كما ضلت للمادة ١٢٠٥ فرنسي قلنا نجد الفرصة في قانوننا ساحة الى تفسير مادتنا المصرية تفسيراً يتفق بقدر ما يمكن مع الاغراض الصحيحة للتضامن ومزاياه العملية التي ينشدها عادة الدأون من اشتراط التضامن على مدينهم . ولذا نجهز بقول بأنه في تفسير للمادة ١١١/١٦٧ مدني يجب مراعاة ضرورة ا تيز في حالة الزيادة الطارئة على أصل الدين التضامني بين نوعين من الزيادة : زيادة عادية كان من المحتمل وقوعها لم تكن بعيدة عن أغراض العاقدين وقت التعاقد . وزيادة بعيدة عن أصل الدين وغريبة عنه ولم يربح بخلاف التعاقدين خاطر ما بشأنها وقت التعاقد . فاذا كانت الاولى صح التضامن فيها على أصل الدين . واذا كانت اثنائية تحمل بها التسبب فيها وحده دون غيره . وزيد بالزيادة العادية المحتمل دخولها في اغراض التعاقدين الزيادة الناشئة عن الخطأ الذي يمكن أن يقع فيه المدين بعدم الوفاء بالدين اذا طوالب به وحده وكان الدين شيئاً معيناً وبعد اذاره بوفاء أو ثبوت خطأ (بذلك نجتمع بين الانذار والتقصير المنزه عنهما بالمادة ١٢٠٥ فرنسي) نقول ذلك وحجة المادة ١١٠/١٦٦ مدني مصري والواد ١٢٠٦ و١٢٠٧ فرنسي في أن نتائج الانذار والدعوى للزوجين ضد واحد من المدينين تسري ضد الباقيين .

واما اذا كانت الزيادة غريبة عن الدين ولم تكن من الاغراض المحتملة لدى العاقدين وقت اعتماد العقد فلا يسأل عنها الا التسبب فماد ان الأخير كان يضيف زيادة على أصل الدين بجمله ٣٢٠ بدلا من ٣٠٠ مثلاً أي يضيف ٢٠ على الاصل هذا . وذا راع الى ملاحظه انه ربما يعارض رأينا هذا مع الروح التشريعية المعروفة في الشرائع الحديثة . وسنرى في تبذة ١٦١ أن القانون الاذني يقرر عدم سريان معمول انذار وتقصير أحد المدينين المتضامنين على الآخرين . ولكن مع ذلك سنرى أن قانون الالتزامات السويصري قد سكت عن البت في هذه المسئلة

٦٥٥ - (٢) والآثر الثاني التاوي للالتزام التضامني هو أن الاجآت القانونية الموجهة ضد أحد المدينين المضامين تقطع سريان المدة المستظه قبل باقى

للمدينين الذين لم توجه ضدهم هذه الاجراءات (المادة ١٢٠٦ مدني فرنسي . وهذا مستفاد من القاعدة العامة المقررة بالمادة ١١٠/١٦٦ مدني) ومن شأن هذه القاعدة توفير مصاريف الاجراءات على الدائن حتى لا يضطر الى توجيه اجراءات متماثلة ضد كل من المدينين المتضامنين

ويرتّب على هذه القاعدة أن الاقرار بالدين يكون حجة على الآخرين أيضاً من حيث قطع المدة . وهو ما قرره المادة ٢٢٤٩ مدني وهو تكرار لقاعدة ان كل ما يقطع التقادم ضد واحد يقطعه ضد الجميع
واذا توجهت الاجراءات القانونية لقطع المدة ضد أحد ورثة المدين المتضامن فانها لا تقطع بالنسبة للوارث الآخر لان الورثة ليسوا متضامنين معا في دين مورثهم الذي كان متضامنا فيه مع آخرين (المادة ٢٢٤٩ فرنسي وهو حكم عام)

§ ٣ - في الوكالة المتبادلة بين المدينين المتضامنين

٦٥٦ — قلنا إن الاصل الذي رجعت اليه النتائج القانونية للتضامن هو الوكالة المتبادلة ^(١) القائمة بين المدينين المتضامنين ، وهي الوكالة التي قررتها المادة ١٠٨ قرة ثمانية / ١٦٣ و ١٦٤ مدني حيث قالت : « ... وفي هذه الحالة يعتبر المتهمدون كغلاء بعضهم لبعض ^(٢) ووكلاء بعضهم عن البعض ^(٣) في وفاء التمهّد به وتنبع القواعد المتعلقة بأحكام الكفالة والتوكيل » . ^(٤) ولم يرد لهذا النص مثيل في القانون الفرنسي الموضوع سنة ١٨٠٤ إنما أخذه الشارع المصري عن القضاء والفقه الفرنسيين سنة ١٨٧٥ وسنة ١٨٨٣

وقل بهذه الوكالة المتبادلة قدماء الشراح الفرنسيين وهي تتفق كثيراً مع طبيعة التضامن ونطاق أغراض المتعاقدين فيما إذا كان التضامن تماقياً . وتتفق أيضاً مع التضامن القانوني باعتبار ان الشارع في تقريره إياه إنما أراد أيضاً أن يعبر به عن أغراض للمتعاقدين

(١) mandat mutuel (٢) cautions réciproques (٣) mandataires réciproques (٤) ويجوز للمدين الشريك co-obligé الذي دفع الدين المشترك الحق في أن يرجع على شريكه بنصيبه . وله بصمته وكلامه مكرها mandataire forcé وطبقا للمادة ٦٤٧ مدني تحتل حق المطالبة أيضا فوائد المبلغ الذي دفعه عن شريكه من تاريخ الوفاء : ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٣ ، ٣٦ ، ١١٠

ومع ذلك لا يكفي القول بأن اللذين للتضامين يعتبرون وكلاء بعضهم عن البعض ، بل يجب أيضاً بيان حدود الوكالة ومبلغ مرماها من الآثار القانونية . ولقد أثارَت هذه المسائل الأخيرة فيما يتعلق بحدود الوكالة ومبلغ آثارها بين اللذين للتضامين من جهة ، وبين الدائن من جهة أخرى ، دائرة الاختصاص والرد . ويظهر أن القاعدة التي قررها « دومولين » هي التي أخذ بها القضاء الفرنسي وهي القاعدة القائلة بأن اللذين للتضامين يعتبرون وكلاء بعضهم عن البعض فيما يتعلق بالأعمال التي يكون من شأنها انقضاء الالتزام أو بقاءه على ما هو عليه بلا زيادة ، لا فيما يتعلق بما من شأنه زيادة الالتزام واضافة شيء على أصله ^(١)

١ - في آثار الوكالة المتبادلة

٦٥٧ - لابد من ملاحظة أن هناك آثاراً أخرى لتضامن غير الآثار الثانوية التي ذكرناها في نبذة ٦٤٧ وما بعدها وما هي تلك الآثار الأخرى : -

(١) يعمل القضاء الفرنسي على عدم الاختصاص بمبدأ نسبية الحكم ^(٢) في حالة التضامن ذلك أن هذا القضاء قرر بعد تردد معروف أن الحكم الصادر لمصلحة الدائن ضد أحد اللذين للتضامين هو حجة على الآخرين ولو أنهم لم يكونوا أخصاماً في الدعوى . وعلى العكس من ذلك إذا صدر الحكم ضد الدائن يفيض دعواه قبل اللذين الذي اختصمه وحده دون الآخرين فلهؤلاء الحق في التمسك بذلك الحكم ضده . والحجة في ذلك كله مبدأ الوكالة المتبادلة إذ قلت فيها محدة النقص والابرام الفرنسية بأن كل مدين متضامن يعتبر خصماً شرعياً صحيحاً للدائن ^(٣) ووكيلاً ضرورياً لزملائه اللذين ^(٤) .

(١) ad conservandam vel perpetuendam obligationem non ad augendam
 د ، ٩١ ، ١٧٧ ومقال د كوهندي Cobendy « س ، ٩٣ ، ١ ، ٨١ ومقال تيسيه Tissier
 (٢) relativité du jugement والقاعدة أن الحكم لا يفيد غير الخصوم الذين كانوا طرفاً
 في الخصومة ولا يضر أحد غيرهم ولذلك كانت نتائج الأحكام أو أثرها نسبة إلى النسبة لمن كان
 طرفاً فيها . ولكن هذه القاعدة لا تفسر على أحوال التضامن باضطراد كما سيثبت من البحث .
 (٣) contradicteur légitime (٤) représentant nécessaire د ، ٨٢ ، ١ ، ٣٧٧
 س ، ٨٣ ، ١ ، ٤٦٥ د ، ٨٦ ، ١ ، ٢٥١ - س ، ٨٦ ، ١ ، ٥٥٠ د ، ٩٥٠
 ٤٨٤ ، ١ ، ٩٠٣ ، س ، ٣٢٥ ، ١ ، ٤٨٤

٦٥٨ — ولكن هذا القضاء نفسه قد خفف من شدة المبدأ المتقدم واستند في ذلك الى العدالة وقرر بان الدائن الذى حصل على الحكم بالدين ضد أحد المدينين المتضامنين لا يجوز له في أحوال خاصة ، أن يستند الى ذلك الحكم قبل المدينين الآخرين . ودعا الى تلك الاحوال :

(١) اذا أثبت المدينون الآخرون تواطؤاً^(١) بين الدائن والمدين المحكوم ضده
(٢) اذا وجد لدى أحد المدينين الآخرين دفع خاص به ويمكن التمسك به ضد الدائن .

(٣) اذا أهمل المدين المحاصم بمعرفة الدائن دفع الدعوى باحد الدفع الدائمة المتعلقة بالمدين ذاته كدفع التقادم ، اذا لا يجوز حرمان بقية المدينين من دفع أهل المدين المحاصم في اديانه^(٢) .

٦٥٩ — اذا علم ذلك فما هو القول ، حينئذ فيما اذا خاصم الدائن جميع المدينين المتضامنين بان أدخلهم جميعاً في دعوى واحدة ؟ فهل اعلان الحكم^(٣) لاحد منهم يعتبر نافذاً على الآخرين ؟ وهل الاستئناف أو المعارضة المرفوعة من أحدهم في الميعاد القانونى يستفيد منها الآخرون الذين لم يرفعوها في المدد القانونى ؟

اضطرب القضاء اقرضى في تقرير الاصول القانونية المتعلقة بوكالة المتبادلة الخاصة بهذه المسائل . ولكن الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية قررت بأنه لا محل للاخذ بمبدأ الوكالة المتبادلة في حالة ما اذا خاصم الدائن جميع المدينين المتضامنين . وذلك لانه ما دام كل مدين قد أصبح مخاصماً بنفسه وعالماً بما يحيط به وبظروف دفعه فما عليه الا ان يدافع عن نفسه وان يستعين بوسائل الطعن المقررة له قانوناً في باب الطعن على الاحكام بالمعارضة أو الاستئناف ، وغير ذلك ، وله اذا شاء ، ان ينضم الى غيره فيما يسلكونه من وسائل الطعن ، على شرط أن يكون الانضمام اليهم في المواعيد القانونية . وقررت أيضاً هذه الدائرة المدنية بأنه اذا حكم برفض دعوى الدائن^(٤) المرفوعة ضد الجمع فيكون من الواجب عليه أن يعلن كل واحد على حدة بعريضة الاستئناف .

(١) collusion (٢) س ٩٠٦ ، ١ ، ٢٤٥ (٣) signification

(٤) créancier débouté de sa demande

(١) انه اذا لم يعطن أحد المدينين التضامين في الحكم بالطرق المعينة وفي المواعيد القانونية فليس له ان يستفيد بعد ذلك من الاحكام التي تصدر في مصلحة المدينين الاخرين الذين حافظوا على الوسائل والقيود القانونية في الضمن على الاحكام . أو بعبارة اخرى ان الحكم الصادر بالزام المدينين بالدين يكتسب قرة الشيء المحكوم فيه ضد من لم يعطن فيه بالطرق القانونية بينما يكون قد انقضى هذا الحكم بالنسبة لمن طعن فيه في المعاد القانوني (١)

ونحن لا نرى بأساً من الأخذ بهذه التواعد في القانون المصري وإن كان العمل قد جرى على احترام مبدأ الوكالة المتبادلة بصفة تكاد تكون مطلقة^(٣)

- (١) د ١٩٤٤، ١٠، ٣٧٨ س. ٩٤، ١٠، ٢٣٣ ومقال « تيسير Tissier » د ١٩٤٤، ١٠، ٣٧٨ س. ٩٤، ١٠، ٢٣٣ ومقال « لا كوست Lacoste » د ١٩٤٣، ١٠، ٤٤٣ س. ٩٤، ١٠، ٨٠ س. ٩١، ١٠، ٢٤١ (٢) وقرر القضاء العمومي الاستئناف الرفوع من المدين المتضامن بجمع ان يتتبع منه بقية المدين المتضامن : ٣ مايو سنة ١٩١٧، ٢٩، ٤٠٣ د. ١٥ يوفيو سنة ١٩٢١، ٣٣، ٣٩٦ د. ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٢، ٣٥، ٢٢٣ د. ١٣ مارس سنة ١٩٢٣، ٣٥، ٢٨١

(٣) راجع كتاب المرافعات لـ قسطنطين إيوهيف بك (١) فيما يتعلق بالمراضة سنة ١١٧٩ حيث يقول : لا يستبعد من المراضة غير الخصم الذي عارض إما الذين حكم عليهم مه ولم يارضوا خلا يتنعمون من المراضة الا في الاحوال التي لا تقبل التجربة وازوال التضامن وانشاء الى حكم محكمة يوز سيد الجزية في ١٦ نوفمبر ١٩١٩ مع ٢١ في ١٧٦ بمرمرة ١١٠ - ٢ فيما يتعلق بالاستئناف سنة ١١٩٧ حيث يقرر ان المارين التضامين الذين تاب عنهم أحدهم في الابتدائي لهم ان يستأفوا الحكم الذي قرر المبدأ فيما يخص المدين التضامين والذين ذنبهم لا يتجروا - (٣) وفيما يتعلق بآثار الاستئناف سنة ١٢٣٧ فيقول : ولكن استئناف الواعد في حالي التضامن والالتزام الذي لا يتجروا يفيد البائين فيحكم ان يفاوضا فيفون ان وتوا قد استأفوا هم أنفسهم والحكم الذي يصدر يبري عليهم ، وندفعهم اضعن لهم انذ يئأ يكون من ان زيلهم قد دأح كالمجبور غير افعال أو تواطؤ وقد أشار الى اربعة احكام مصرية في الحاشية ٢ من ٩٠٣ - وفيما يتعلق بالمراضة والاستئناف راجع مراقبات الدكتور عبد الفتاح بك السيد من ١٦٧٠ إلى ١٦٦٧ حيث يقول ان هناك وحدة في المصالح بالنسبة للجميع وانهم مفروضون وكلاء عن بعضهم البعض

٢. — آثار التضامن في القانون المقارن

٦٦١ — بينما قد أغرق الشارع الفرنسي والشارع المصري في ترتيب الاصول القانونية في حالة التضامن مستعينين في ذلك بالمنطق اذ نرى الشرائع الاخرى قد خالفتهما في كثير من هذه النتائج المنطقية

وذلك ان القانون الالمانى قرر في المادة ٤٢٥ مدنى أن الانذار وقطع المدة الحاد لمن ضد أحد اللدين للتضامين لا يؤثران بشيء ما على الاخرين . وكذلك الحال بشأن التقصير أو الخطأ النسوب لاحد اللدين للتضامين أما قانون الالتزامات السويسرى فانه لم يفصل في هذه المسائل وكل ما قرره في المادة ١٤٦ أنه لا يجوز لاحد اللدين التضامين ان يقوم بعمل خاصة به من شأنها زيادة في الالتزام بالنسبة للآخرين

٣. — في التضامن الكامل والتضامن الناقص

٦٦٢ — قامت ضجة من المنسرين حول تقسيم التضامن الى تضامن كامل^(١) أو تضامن صحيح^(٢) وإلى تضامن نقص^(٣) والسبب في هذا التقسيم هو تحرى الآثار القانونية للتضامن ومعرفة ما اذا كانت هذه الآثار تنشأ عن كل تضامن أياً كان أو ان آثار التضامن تختلف باختلاف حالة التضامن نفسه بحسب ما اذا كان كاملاً أو ناقصاً وعلى ذلك اذا كان التضامن ناقصاً فلا تسرى عليه الآثار اقامونية الخاصة بلانذار وقطع المدة وغير ذلك من الآثار الاخرى التى قررهما اقتضاء والتى رجع فيها الى قاعدة الوكالة المتبادلة بين اللدين للتضامين (ن ٦٥٦)

والتضامن الناقص هو التضامن الذى يحصل فى الاحوال التى لاتراعى فيها فكرة الوكالة الضمنية^(٤) مثل اشتراك المجرمين فى ارتكاب جنابة أو جنحة باعتبارهم فاعلين أصليين^(٥) أو اشتراك أى اشخاص فى احداث ضرر للغير بسبب خطئهم جميعاً اذا لم يكن هناك اتفاق تذبلى سابق على حدوث الضرر^(٦)

(١) solidarité parfaite (٢) solidarité proprement dite (٣) solidarité

co-auteurs (٥) mandat tacite (٤) obligation in solidum أو imparfaite

concert frauduleux (٦)

وأنصار هذا التقسيم يرجعون فيه الى نص من النصوص الرومانية ولكنه على كل حال تقسيم لم يحفل به وزال مع مرور الزمن ولم يؤيد من أحد الآن ولا يوجد في القانونين الفرنسي والصربي ما يؤيده

واذا كان بعض الاحكام الفرنسية قد قال به (د، ٩١١، ٢، ١٦٩) إلا ان أغلب الاحكام ترفض الاخذ به (د، ٩٠٢، ١، ٥٤١) وقد قامت الان حركة من جانب رجال الفقه تريد الاخذ بهذا التقسيم ولكن يظهر انها حركة رجعية^(١) يراد بها التلطيف من شدة الآثار القانونية التي قررها القانون نفسه أو قررها القضاء (كولين وكابنان ج ٢ ص ١٩١)

٤- في رجوع المدينين المتضامين

بعضهم على البعض

٦٦٣ — اذا دفع أحد المدينين المتضامين الدين للدائن جازله الرجوع بما دفعه على بقية زملائه . ولكن يجب مراعاة مبلغ ما استفاده كل من المدينين في الدين ذاته أى يلزم كل واحد بتدرا ما استفاده هو . ويرجع في ذلك الى العقد والى ما يقضى به الحكم ، ويجوز أن لا يحفل رجوع على الآخرين ممن دفع الدين^(٢) اذا انحصرت فائدة الوفاء فيه دون غيره اذ يعتبر هؤلاء الغير بالنسبة له كفلاء متضامين^(٣) (المادة ١٢١٦ مدني فرنسي)

وللمدين الذي دفع الدين ضمانت مقررده في رجوعه على بقية المدينين وهي :
(١) ان له ، في رجوعه على زملائه الآخرين ، أن يستين بدعوى الوكالة^(٤) أو او بدعوى الفضولي^(٥) لانه في الوفاء بالدين لم يخرج عن كونه اما وكيلًا عن الآخرين واما فضوليًا (المادة ١٠٨ قرة ٢/١٦٤ مدني) . ومما يمتاز به هذه الطريقة في الرجوع على بقية المدينين المتضامين ان فوائد المبلغ الذي دفعه تسرى ضد بقية المدينين من وقت الوفاء بالدين (المادة ٥٢١/٦٤٦ مدني ٢٠٠١ فرنسي)

(١) réaction (٢) solvens (٣) cautions solidaires (٤) action de mandat (٥) action de gestion d'affaires

(٢) يُل المدين الدافع محل الدائن في جميع حقوقه ويحصل هذا الحل بقوة القانون (المادة ١٦٢ ققرة ٢/ ٢٢٥ مدني و١٢٥١ ققرة ٣ فرنسي) وعلى ذلك يجوز لهذا المدين الذي وفي بالمدين حق الرجوع على بنية زملائه مستعيناً في ذلك بجميع التأمينات التي ضمنت الدين كرهن أو امتياز أو غير ذلك.

٦٦٣ مكرر — ويلاحظ أنه ليس له الرجوع بالتضامن على الآخرين أي لا يطالبهم متضامين كما كانوا كذلك متضامين اراء الدائن بل يجب عليه أن يرجع على كل واحد منهم بقدر نصيبه في الدين فقط (المادة ١١٥ / ١٧١ مدني و١٢١٤ ققرة أولى فرنسي) بمعنى أنه بمجرد الوفاء من قبله ينقسم الدين في الحل على المدينين الآخرين كل بقدر ما استفاده من الوفاء سواء كانت لانه نسبة معينة بالمقد أو بحكم عند حصول خلاف . والسبب في عدم تقرير التضامن في حالة الرجوع أنه لو أبيع هذا التضامن لترتب عليه ان الذي يدفع الدين المطلوب في دعوى الرجوع يكون له الحق هو الآخر في الرجوع بالتضامن أيضاً على الآخرين، وهكذا لا تنتهي الدعاوى بينهم . لذا قرر القانون قسمة الدين بين المدينين بمجرد حصول الوفاء من أحدهم . وإذا كان الدين الاصل مضموناً برهن أو امتياز فلا يجوز الاستعانة بالتضامن الا بقدر اللازم للحصول على نصيب المدين للرهن عقاره ^(١)

وإذا أعسر أحد المدينين المتضامين وجب توزيع نصيبه على الجميع بحيث يكون لمن يرجع بالدين عليهم عند سبق وفائه به ان يخص مقدار ما يخصه من الاعسار من مقدار الدين الذي يرجع به على الآخرين (المادة ١١٥ / ١٧١ مدني و١٢١٤ ققرة ٢ فرنسي)

في عدم قابلية الدين للتقسام أو التجزئة

٦٦٤ — الالتزام الذي لا يتبل اقساماً ^(٣) هو الالتزام الذي لا يمكن الوفاء به الا كاملاً وبتمامه . وقل « دومولين » ^(٣) ، احد قانوني الفرنسيين المعروفين قبلي من قانون نابليون ان نظرية هذا الالتزام اكثر النظريات القانونية تعقيداً وأشدّها

مهماً^(١) رقة - تلخص بوتييه ما كتبه دومولين وأخذ الشارع الفرنسي سنة ١٨٠٤ عن بوتييه أصول هذه النظرية وأودعتها في المواد ١٢١٧ - ١٢٢٥ . وقد جاءت هذه المواد في مجموعها غامضة وغير مفيدة . أما الشارع المصري فقد وضع لما سنة ١٨٧٥ مادة واحدة (المادة ١٧٢ مدني مختلط) وكذلك سنة ١٨٨٣ مادة واحدة أيضاً (المادة ١١٦ مدني أهلي) ولم تحل البحوث الكتاب الماضرين في هذه النظرية عن الغموض أيضاً لما انتهجوه من متابعة من سبقهم من الكتّاب السابقين . ولذا لا نقول هنا الا على ما لهذه النظرية من الظاهر العملي وما له صلة بالمجالات الحيوية

٦٦٥ - وما الف رقة من تقسيم الالتزام الى قابل للانقسام وغير قابل للانقسام ! لا فائدة من هذا التقسيم اذا كان الدائن واحداً وكذلك المدين واحداً أيضاً لانه يجب اعتبار الالتزام في هذه الحالة غير قابل للانقسام اذ يجب لوفاء فيه كأنه غير قابل للانقسام (المادة ١٢٢٥ مدني فرنسي وهو حكم عام كما قد نأنا) . والدائن في حل من مطالبة مدينه بالدين بتمامه . وليس للمدين اكراه الدائن على قبول بعض الدين حتى لو كان الدين قابلاً للانقسام من نفسه (المادة ١٦٨ / ٢٣١ مدني و ١٢٤٤ ققرة أولى فرنسي)

ولا تظهر الفائدة من هذا التقسيم الا اذا تعدد ائدائنون او المدينون او اذا مات الدائن أو المدين ، ثم - حل محل كل واحد منهما ورثته :

واذا كان الدين قابلاً للانقسام فإنه ينقسم الى حصة حقوق^(٢) بقدر عدد الدئنين والى حصة ديون^(٣) بقدر عدد المدينين

اما اذا كان الالتزام لا يقبل التجزئة فإن كل دائن يعتبر في ذاته دائئاً بالكل ويعتبر كل مدين ملزماً بالكل . واذا وفي بالدين أحد المدينين زال الالتزام واقضى . وهنا يتشابه عدم القابلية للتجزئة^(٤) مع التضامن^(٥) ولكن يتميز عدم الانقسام عن التضامن في حالة وفاة المدين ومطالبة الورثة بالدين ، إذ في حالة عدم الانقسام يحمل الورثة بالالتزام باعتباره أيضاً غير قابل للتجزئة . ويرجع عدم الانقسام

(١) كاتين من ١٩٢٢ - لانيول من ٢٤٤٤ ن ٧٨٠

(٢) créances (٣) dettes (٤) indivisibilité (٥) solidarité

هنا الى طبيعة الالتزام نفسه أو الى ما حصل الاتفاق عليه من انه غير قابل للانقسام .
وأما في حالة التضامن فان الدين ينقسم على الورثة ويلزم كل واحد بمجزء يتناسب مع
ما أصابه في التركة . الا اننا رأينا عند ما تكلمنا على التضامن انه يجوز للدائن أيضا
في حالة التضامن (طبقا للشريعة الاسلامية) أن يطالب الورثة جميعا بلدين كله ثم
ينفذه على من يشاء منهم ، مع حفظ حق رجوع الوارث المفد ضده على زملائه .
الورثة بما دفعه عنهم ، لانه لا يجوز شرعا للوارث أن يملك باليراث قبل اتمام
الدائنين بديونهم ولأن كل شيء من اشياء التركة وهو تحت يد الوارث يعتبر مطبوعا
بطابع اللديونية ولا ينفذ حقه فيه الا اذا تحرر من هذا التكيف المحمل به

(١) متى يعتبر الالتزام غير قابل للانقسام أو التجزئة ؟

٦٦٦ — عدم القابلية للتجزئة في الالتزام يرجع اما الى طبيعة الشيء موضوع
الالتزام باعتبار انه لا يتبل التجزئة بطبيعته ^(١) واما الى رغبة العاقدين في جعل
موضوع الالتزام غير قابل للانقسام ^(٢) وتقول في ذلك المادة ١١٦/١٧٣ مدني
ما يأتي : « متى كان التعهد غير قابل للانقسام بالنسبة لحالة الاشياء المتعهد بها أو
بالنسبة للفرض المتصور من التعهد فكل واحد من المتعهدين ملزم بوفاء بكل وله
الرجوع على بقى المتعهدين معه »

(١) في عدم التجزئة الناشئ عن طبيعة الالتزام نفسه

٦٦٧ — يكذ لا يوجد مثل واحد على عدم التجزئة في حالة الالتزام
بالتسليم ^(٣) أي في حالة الالتزام بنقل حق الملكية أو أي حق عيني . ذلك لان حق
الملكية أو الحق العيني أيا كان هو من طبيعته قابل للتجزئة حتى لو كان متملکا بشيء .
لا يتبل التجزئة من الوجبة نادية . مثلا في حالة بيع العقار الشائب بين جملة ملاك
يلتزم كل بائع من المالكين على الشيوع ^(٤) بأن ينتقل الى المشتري حقه الشائب ^(٥)
سواء أكان مالكا للتصف أم الربع الخ . وعلى ذلك يعتبر الالتزام بالتسليم قابلا

(١) بلاتيل من ٢٤٥ ن ٧٨٣ وما بعدها (٢) بلاذول من ٢٤٧ ن ٧٨٧ وما بعدها
droit indivis (٥) co-proprétaire (٤) obligation de donner (٣)

للتجزئة ولذا قالت المادة ١٢١٧ مدنى فرنسى عند تمريرها للحق القابل للتجزئة أو غير القابل للتجزئة بان الالتزام غير القابل للتجزئة هو الالتزام الخاص بشئ غير قابل للتجزئة بطبيعته أو بإرادة العاقلين^(١)

٦٦٨ - ويستثنى مع ذلك من الحقوق الدينية طائفتان لا تقيان الانقسام وهما حقوق الارتفاق والرهن (ن ٦٧١)

وإذا كانت الالتزامات الخاصة بالتسليم^(٢) قابلة للتجزئة في الاصل فان الالتزامات الخاصة بجراء عمل والامتناع عن عمل^(٣) هى على العكس فى الغالب الكثير غير قابلة للتجزئة :

١ - فيعتبر التزام البائعين بتسليم الشئ للبيع الى المشتري غير قابل للانقسام اذا كان محل البيع شيئاً لا يقبل التجزئة لادبة . فاذا فرض أن البائعين باعوا بقرة فان التسليم في هذه الحالة يجب أن يكون كاملاً ويجوز للمشتري مطالبة أى واحد من البائعين بتسليم البقرة (المادة ١٢٢١ قرة ٢ فرنسى وهو حكم علم) وكذلك الحال أيضاً بشأن التزام البائعين بفان البيع للمشتري ذلك الضمان الذى يتمكن بمقتضاه المشتري من وضع اليد وضعا سليماً هادئاً لا يشوبه تعرض من الغير ،والذى يتضمن حمايته من الغير اذا ما ادعى باستحقاقه للبيع كلاً أو بعضاً^(٤) (المادة ٣٧٤/٣٠٠ مدنى ١٦٢٥ فرنسى) فالالتزام بالضمان هذا هو أيضاً التزام غير قابل للتجزئة . بحيث اذا تعرض للمشتري متعرض جاز للمشتري أن يطلب الى أحد البائعين الضامين منع التعرض . وكذلك أيضاً في حالة ما اذا ادعى أحد ورثة أحد البائعين ملكيته الخاصة للشئ البيع^(٥) فانه يجوز مع ذلك للمشتري أن يرد دفعه هذا برفع الضمان^(٦) المحمل به مورثه من قبل^(٧) وكذلك الحال أيضاً بشأن ضمان المؤجر لانتفاع المستأجر وحماية هذا الاخير من تعرض الغير له^(٨)

obligations de donner (٢) division matérielle ou intellectuelle (١)
 éviction totale ou partielle (٤) obligations de faire et de ne pas faire (٣)
 exception de garantie (٦) jure proprio (٥) (٧) ٤١٧٠١٠٩٤ د - س .

٢ - وأما عن الالتزام بالامتناع عن اجراء عمل فانه في الغالب غير قابل للاقسام ذلك لان القيام بأى عمل يخالف لهذا الالتزام يعتبر في ذاته مخالفة له برمته فاذا فرض وبيع حلة أشخاص مما محلا تجاريا^(١) وتعهدا جيعا بعدم فتح محل تجارى مماثل له في نفس البلد ، أصبح كل واحد ملتزما بهذا الالتزام أى أصبح الالتزام غير قابل للتجزئة

(٢) في عدم التجزئة الناشيء عن رغبة للمتعاقدن

٦٦٩ - يكثر وقوع هذا النوع بالنسبة للنوع الاول ويستفاد عدم التجزئة إما صراحة من نفس العقد واما ضمنا من الظروف المحيطة به فمن عدم الاقسام المصرح به بالعقد هذا أمر يسهل التعرف عليه من مراجعة عبارة العقد ويقصد بعدم الاقسام هذا تأكيد التأمين لمصلحة الدائن وأما عن عدم الاقسام الضمني والمستفاد من ظروف العقد فهو المنوه عنه بالمادة ١٢١٨ مدنى فرنسى التى قررت أن : « الالتزام يعتبر غير قابل للتجزئة ، ولو كان الشيء أو العمل على الالتزام قبلا كلهما في ذاته للتجزئة اذا كان المستفاد من ظروف الالتزام في ذاته أنه لا يمكن الوفاء به وقاء جزئيا » وكذلك المادة ١٢٢١ ققرة ٣ فلها كررت ذلك بينه وهو نفس ما قرره المادة ١١٦ / ١٧٢ مدنى . مثل ذلك ما اذا اشترى مشتر أرضا ليذبحها مسرحا أرمضها . وعند ما اشترى راعى فيها الظروف الخاصة بالمسرح أو المنع من حيث الاباد والمساحة مثلا فاذا فرض وكان البائشون كثيرين واستحق اغير جزأ من هذه الارض للمبينة أصبح كل بيع على حدة ملزما منفردا بضمان هذا الاستحقاق الجزئى ولو أنه لم يرد بالعقد نص يفيد عدم التجزئة . والامثلة العملية دلى ذلك كثيرة^(٢)

(٢) في آثار عدم التجزئة

٦٧٠ — تتشابه آثار عدم الانقسام مع آثار التضامن اذ يتفق الاثنان في ان لكل منهما التزاماً وحيداً ومفرداً وتعدداً في الدائنين والمدينين

٦٧١ (١ —) نفرد الدائنين في الالتزام غير القابل للتجزئة : في هذه الحالة تسرى القواعد الآتية :

١. — يجوز لكل دائن وحده ان يطالب بجملة الدين برمتي (المادة ١٢٢٤ مدني فرنسي وهو حكم عام)

٢. — العمل الذي يصدر من أحد الدائنين ويقطع مضي المدة ضد المدين يستفيد منه الدائنون الآخرون ، أي ان قسّم المدة بواسطة أحد الدائنين يعتبر قطعاً للمدة بالنسبة للجميع

٣. — اذا ظل أحد المالكين لحق الارتفاق على الشيوع منتفعاً به دون الآخرين اصبح انقاعه هذا مانعاً من سقوط حق الآخرين بتقضى المدة (المادة ٧٠٩ مدني فرنسي)

٤. — واذا وجد من بين المالكين على الشيوع حق الارتفاق قصر فانه يجب في هذه الحالة ان لا يقف سريان مضي المدة بالنسبة للقاصر وحده بل يجب ان يكون لانقاف المدة حصلاً بالنسبة للجميع (المادة ٧١٠ مدني فرنسي)

٥. — القاعدة ٢٠٠ و ٤ هما إحدى نتائج عدم قابلية حق الارتفاق للانقسام. وهما قاعدتان عامتان يجب الاخذ بهما في القانون المصري باعتبار انهما مستفادتان من طبيعة حق الارتفاق في ذاته

٥. — ولا يجوز لاحد الدائنين أن يتصرف في الدين كله إضراراً ^(١) ببقية الدائنين. فلا يجوز له مفرداً ابراء المدين من الدين كله. وليس له استلام الشيء بئلا من الشيء ذاته (المادة ١٣٣٤ فقرة ٢ فرنسي) فإذا فرض وفعل ذلك أحد الدائنين يجوز لبقية الدائنين بالرغم مما قيل أن يطالبوا المدين بوفاء بالالتزام جميعه بلا

قص أو تنيير فيه مع ملاحظة ضرورة اسقاط نصيب الدائن الذى أبرأ المدين بقدر نصيبه أو اسقاط نصيبه من جملة الثمن الذى أسلمه

٦٧٢ - ٢) فى تعدد المدينين : تسرى فى هذه الحالة القواعد الآتية:

١ — يجوز مطالبة كل مدين منفرداً بجملة الدين (المادة ١٢٢١ مدنى فرنسى) ولا يكون للمدين المطالب فى هذه الحالة الحق فى دفع الدعوى قبله بالتمسك بطلب قسمة الدين على المدينين ^(١) . وحالته فى ذلك حال المدين المتضامن . اذ لا يجوز لهذا الأخير أيضا دفع الدعوى قبله بطلب توزيع الدين على المدينين المتضامنين . وكل ما يمكن أن يكون للمدين فى دين غير قابل للتجزئة هو طاب ميعاد من القاضى لادخال بقية المدينين خصما فى الدعوى حتى يكون الحكم فى مواجهة الجميع (المادة ١٢٢٥ مدنى فرنسى والمادة ١٤٠ / ١٥٦ مرافعات و ١٧٥ مرافعات فرنسى)

٢ — اذا مات أحد المدينين فى دين غير قابل للتجزئة التزم ورثته بالدين كله . وتختلف هذه الحالة من حالة التضامن حيث يوزع الدين على ورثة المدين المتضامن المتوفى . ولكننا لاحظنا اذ ذاك انه يصح فى هذه الحالة أيضا مطالبة ورثة المدين المتضامن بجملة الدين لا على سبيل التضامن فيما بينهم بل على سبيل ان الدين فى ذاته لا يقبل التجزئة بالنسبة للدائن باعتبار ان التركة بصفتها كائنا معنويا ممثلا فى أشخاص الورثة تصبح محملة الوفاء بالدين كاملا قبل توزيع مفردات التركة على الورثة (ن ٦٦٥)

٣ — اذا قطعت المدة قبل أحد المدينين فانها تعتبر مقطوعة أيضا بالنسبة للآخرين (المادة ٢٢٤٩ ققرة ٢ مدنى فرنسى) . واذا كانت هذه القاعدة محيطة فيما يتعلق بالتضامن فانه ليس من السهل الاخذ بها فى حالة عدم قابلية الالتزام للتجزئة . لان فى التضامن يعتبر كل مدين نائبا عن الآخر أى وكيل عنه . وأما فى حالة عدم الانقسام فلا وكالة ولا نيابة . ولكن القاعدة من تقريرها هى تلك القاعدة العملية التى سبق ان أشرنا اليها عند التكلم على التضامن وهى عدم تحميل المدينين مصاريف الاجراءات القانونية الموجهة ضد كل واحد لما فيه من زيادة الدين من طريق اضافة المصاريف على الاصل

٥. - وبلى العكس من ذلك إذا رفع استئناف في الميعاد القانوني من أحد المدينين عن حكم صادر ضدهم جميعا بلا تجزئة بينهم جازلًا لخبرين الاستفادة من هذا الاستئناف ولو أنهم لم يرفعوا استئنافا بالرة أرفعوه بعد الميعاد القانوني أَرْضُوا بِالْحُكْمِ الْإِبْتِدَائِيِّ^(٢) وهذه القاعدة ، ولو أنها على عكس التاعنة المقدمة عليها ولم يأت بها نص قانوني خاص إلا أن القضاء - قررها بأحكام عدة^(٣) وحجة القضاء أنه لما كانت هناك وحدة في السبب^(٤) وعدم قابلية موضوع الالتزام للتجزئة فإنه من المستحيل تقرر حالات مختلفة للمدينين وهم على تلك الصورة. وما دام أن الحق واحد بالنسبة للجميع فإنه يجب على الجميع الاستنادة مما يحكم به في مصلحة أحدهم^(٥) وأنه يجب أن يحسم هذا النزاع حكم واحد لا غير^(٦)

(١) واين وكابيتان ج ٢ ص ١٩٦ (٢) acquiescement (٣) ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١٠
 ٢٣، ٥٤، ٥٥ ج ٣ ص ٤٢ في ٤٢١ - ٥٨، ٢٣ - ٥٨، ٢٤، ٦٩ - واذا قبل بان
 طلب إعلان المرافعة لمرور ثلاث سنوات عن الاستئناف لا يعتبر غير قابل للتجزئة الا اذا كان الطلب
 الاصلى بالدعوى الاصلية غير قابل للتجزئة هو الآخر ، الا انه يجب الاخذ في إعلان المرافعة بمرور
 ثلاث سنوات بتاعده عدم الدالية للتجزئة لانه اذا لم يؤخذ بها فانه ينتج تلحق متلازمة وغير مقبولة
 ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٥، ٢٨، ٧٤، ٣٥، ٩٠، ٣٨ - س، ٩٠، ١، ٣١٦
 (٤) identité de cause (٥) ٩٣، ١، ٣٥٧ - س، ٩٣، ١، ٨٥
 (٦) ٩١، ١، ٨٩ - س، ٩١، ١، ٨١ ومقتل تسمية Tissier

ومن هنا نرى أن عدم التجزئة في الالتزام يحول كالتضامن دون الأخذ بمبدأ نسبية الأحكام، أي يؤخذ بمبدأ قوة الشيء المحكوم فيه في حالة عدم التجزئة في الالتزام كما لاحظنا ذلك في حالة تضامن مع ملاحظة أن المحجج القانونية في تبرير هذا المبدأ في الحالتين غير واحدة^(١)

ملاحظة خاصة

بموقع النظرية العامة للاثبات

ذكرنا في صفحة ٥٦ إذا سألنا هذه النظرية بالمصادر التناقضية فتكلم منهم قبل المصادر الاتفاقية ولكن رأينا أن الأفضل جعل نظرية الاثبات في الختام حيث هي تنسج على المواد القانونية كافة فاقضى التنويه



(١) راجع كتاب الرافعات للدكتور أبو هيف بك مخصوص عدم تجزئة بطلان الرافعة بند ١١٣٤ ب ص ٨٢٠ والأحكام المصرية المشار اليها. - دوراهات الدكتور عبدالفتاح بك ص ٦٣٩ ن ٧٢٧ - وبخصوص عدم تجزئة الاجراءات والقسنة والتوزيع الخاصين أمام المحكمة (راجع تعليق الدكتور أبو هيف بك بند ١١٦٧ و ١٢٣٦)

المصادر الالاعاة—مءة للالاتزاماء

(نظرماء الاأراء بلا سبب والمسؤولمءة)

١

النظرمءة العامة للاءراء بلا سبب

في النظرية العامة

للأثر بلا سبب

٦٧٤ — رأينا في نظرية العقود أن المقود هي المصادر التعاقدية للالتزام وهناك مصادر أخرى للالتزام غير تعاقدية وهي « أشباه العقود » والجرح المدنية و « أشباه الجرح ». وقد وردت هذه المصادر اللاتعاقدية بالباب الثالث من القانون المدني تحت عنوان « في التعهدات المترتبة على الأفعال » ^(١) وذلك في المواد ١٤٤/٢٠٥ — ١٥٣/٢١٥ وتتناول هذه المواد « أعمال القسوى » ^(٢) و « استرداد المدفوع بلا حق » ^(٣) و « نظرية المسؤولية » على اختلاف أنواعها .

أما القانون الفرنسي فقد عقد هذه المسائل كلها تحت عنوان « في التعهدات التي تحصل دون الاتفاق عليها » ثم فرع عنها بابين : الباب الأول أممها أشباه العقود ^(٤) وأسماي المسائل التي تتناولها « بالأعمال الإرادية البحتة للإنسان » وقصر هذه المسائل على أعمال القسوى (المواد ١٣٧١ — ١٣٧٥) واسترداد المدفوع بلا حق (المواد ١٣٧٦ — ١٣٨١) والباب الثاني أوقفه على الجرح ^(٥) وأشباه الجرح ^(٦) (المواد ١٣٨٢ — ١٣٨٦)

٦٧٥ — وكلا القانونين الفرنسي والمصري لم يتكأما عما يسمى نظرية الأثر بلا سبب ^(٧) وهي النظرية السامة القائلة بأنه لا يجوز لشخص أن يفتنى على حساب الغير بلا مقابل . والدعوى للقررة لهذه الحالة هي الدعوى الرومانية الأصل المسماة دعوى المطالبة بمقابل النعمة ^(٨) . والنظرية والقاعدة مقررتان بالقانون الروماني وأجازها العرف والعادات وأقرها أيضا القانون في بعض موادها . ذلك لأن في تقرير القانون لنظرية استرداد المدفوع بلا سبب تأييداً لها (المواد ١٤٥/٢٠٦ — ١٤٨/٢٠٩

(١) obligations résultant du fait (٢) gestion d'affaires (٣) répétition de l'indu أو quasi-délits (٤) délits (٥) quasi-contrats (٦) enrichissement sans cause أو enrichissement injuste (كولين وكابيان ج ٢ ص ٤٠٩) أو enrichissement illégitime (دى هلس ج ٢ ص ٩٥ ن ١٤٩) (٨) actio de in rem verso

مدنى) على أنها إذا نظرنا الى نظرية الاراء بلا سبب من حيث ارتباطها بنظرية السبب^(١) فإنه يجب الاخذ بها . لانه لا يصح أن يستفيد أحد من أحد الا بسبب . فاذا استناد الشخص من شخص آخر فائدة مالية فلا تصح هذه الفائدة ولا تستقر في مال المستفيد الا اذا كان لها سبب أى مقابل في مال من أقاد . فاذا اتقى السبب ولم يستفد المفيد في مقابل ما أقاد به الغير جاز له المطالبة بقيمة هذا المقابل . ونوق ذلك فان قاعدة الاثراء بلا سبب تؤيدها العدالة^(٢) فوق تأييدها بالقانون كما رأينا . وبما أن القانون تكلم أولاً على نظرية استرداد المدفوع بلا حق ولم يقرر قاعدة عامة لنظرية الاثراء بلا سبب فنرى من اللازم على ذلك أن نبدأ نحن كذلك بالتكلم على نظرية استرداد المدفوع بلا سبب وشروطها الخاصة بالموفى^(٣) والموفى اليه^(٤) والموفى به^(٥) ثم نقب ذلك بنظرية الاثراء بلا سبب ودعوى المطالبة بمقابل المنفعة . وأما نظرية أعمال الفضولى فلها تدخل في عقد الوكالة أى في دراسة العقود من الوجهة التفصيلية

في نظرية المدفوع بلا حق

٦٧٦ — الموسوع الفاسرى لمرعى استرداد المدفوع بلا حق : قررت المادة ١٤٥/٢٠٦ مدنى ما يأتى : « من أخذ شيئاً بغير الاستحقاق وجب عليه رده » ونقول المادة ١٣٧٦ فرسى ما يأتى : « من أخذ خطأ أو بعلمه ما لا يملك التزم برده الى من أخذه منه بلا حق » ومن مقارنة المادتين نرى أن قاعدة رد المدفوع بلا حق صحيحة في الاثنين ونقط لم يذكر التانون المصرى عبارة العلم أو النلط ولكنها مستفادان حتماً من امادة لازماً يأخذ شيئاً بلا حق اما أن يكون علماً بأنه غير محق فيه ، وأما أن يكون قد أخطأ فى أخذه . ويستحيل أن يخرج عن هاتين الحالتين . وفيهما لا بد أن يلزم بالرد . لان سبب الرد يرجع لانتفاء السبب وانتفاء المسوغ لوجود الشيء المملوك للموفى^(٦) بمال الموفى اليه^(٧) بلا سبب . وذلك سواء كان الموفى اليه يعلم بعدم صحة الوفاء اليه أو قد أخطأ في تقدير الوفاء اليه

وعلى ذلك يعتبر للمسوغ اللرد انتفاء السبب. وفوق ما تقدم فإن المادة ١٣٣٥ مدني فرنسي قروت بأنه لا بد لكل ولاء من سبق وجود دين له وحكمها علم وقررت أيضا بأنه يجوز طلب رد ما دفع بلا سبب. والمحكم علم أيضا رغم عدم وجود نص شبيه له بالقانون المصري لأنه في الحقيقة تكرر المادة ١٤٥/٢٠٦ مدني

ويرى مما تقدم أن حق الموفي في استرداد ما وافي به راجع بالطبيعة الى عدم صحة الوفاء أي الى بطلان الوفاء في ذاته. الوفاء هنا بشير عقد بالطبيعة—وهذا التعليل يتفق مع القانون المصري لأنه لم يجعل المادة ١٤٥/٢٠٦ مدني وما بعدها تحت عنوان اشباه العقود، وهو العنوان الذي انفرد به الشارع الفرنسي دون الشارع المصري، بل جعلها كما رأينا تحت عنوان «الالتزامات الناشئة عن الافعال»

٦٧٧ — وعلى ذلك يكون استرداد المدفوع بلا حق في القانون المصري راجعاً الى عدم صحة الوفاء أو التسليم أو الدفع. بخلاف الاسترداد في القانون الفرنسي فهو راجع الى ما سماه هذا القانون نفسه شبه العقد. وهذا ما جعل الشارحين الفرنسيين يتعملون في تصيد مسوغ لهذا الاسترداد، اذ قرر بعضهم بأن في أخذ الموفي اليه للشيء الموفي به معني قبوله الضمني برده الى الموفي. على ان حالة الموفي اليه وقت الوفاء لا تتفق مطلقاً مع هذا الفرض. لأنه ما فكر الموفي اليه بلرد مطلقاً، اذا استلم خطأ، وعلى الأخص فيما اذا كان سيء النية واستلم وهو يعلم بأن لا حق له في الاستلام (كولين وكابتان ج ٢ ص ٤١٠)

اذا علم ذلك أمكننا القول بأن السبب في الاسترداد بالنسبة للمدفع اليه ^(١) هو انتفاء السبب أي ان المدفوع اليه يأخذ بلا سبب معين من جانب الدافع. سواء أ كان المدفوع اليه يعلم عدم صحة الدفع أم لا يعلم أي اخطأ في استلامه

٦٧٨ — هذا هو ما يجب أن نفسره به المادة ١٤٥/٢٠٦ مدني مصري القابلة للمادة ١٣٧٦ مدني فرنسي. ولكن القضاء المختلط أدلى بمكس هذا الرأي ^(٢)

(١) وسيأتي فيما بعد دور الدافع وشروط دعوى الاسترداد من جانبه

(٢) استئناف م ٧ مايو سنة ١٩٠٨ م ق، ٢٢، ٢٠٢. برئاسة موريندو Merindo واضع القوانين الاحلية. أي واضع للمادة ١٤٥ مدني أهلي اخذاً عن المادة ٢٠٦ مدني مختلط حرفاً بحرف

اذ قال البيان للمادة ١٤٥ لا تشترط الغلط أو العلم من جانب المدفوع اليه كما اشترطته المادة ١٣٧٦ مدني فرنسي، وعلى ذلك يجب على المدفوع اليه الرد بلا قيد ولا شرط. وهذا رأى غير وجيه بل مرة ومخالف للاصول القانونية المقررة بوجه عام في نظرية استرداد المدفوع بلا حق. والذي أملى على القضاء القول بهذا الرأى هو ظروف الدعوى التي صدر فيها الحكم. وذلك ان الادارة طالبت المالك بدفع الاموال فيين لها ان لا حق لها في هذا الطلب فاصرت عليه في الطلب والا أوقعت الحجز الادارى عليه فدفعت ثم عاد ووقع دعوى باسترداد ما دفعه. فدافعت الادارة بشرط الغلط في دعوى استرداد المدفوع بلا حق. فرد الحكم على ذلك بان شرط الغلط غير مشروط في القانون المصرى للمادة ١٤٥/٢٠٦ مدني، بل هو مشروط فقط في القانون الفرنسى للمادة ١٣٧٦. ثم حكمت بجواز قبول الدعوى. فلحكم بجواز نظر دعوى الاسترداد مع عدم توفر شرط الغلط حكم صحيح في ذاته، ولكن اسبابه غير صحيحة لان علم اشتراط الغلط في هذه الحالة ليس راجعا الى ان المادة ١٤٥/٢٠٦ مدني مصرى لم تشترط الغلط كما اشترطته المادة ١٣٧٦ مدني فرنسي، بل هذه الحالة انما هي خاصة بحالة الاكراه الادارى الذى يبيح الاسترداد ولو ان الدافع لم يدفع غلطا وانما دفع كرها أى ان الاكراه في هذه الحالة ينتج تتيجه التي تحصل من الغلط لان الوفاء الصحيح المانع من الاسترداد هو الوفاء الاختيارى، أى الحاصل بإرادة الدافع المحضة. فلذا عاب هذه الارادة عيب مشوه لها كالاكراه ثم حصل الدفع فلا يعتبر الدفع صحيحا - وكان يجب على الحكم ان يبحث الغلط في هذه الحالة من جهة الدافع نفسه. ولكن ظن ان الباب موصد دونه ما دام الوفاء حصل برضاء المدين، ونسى ان الرضاء هنا مشوب بالاكراه وهو هذا الاكراه الذى متكلم عنه بعد باعتباره مقسدا للرضاء وباعتبار الرضاء المشوب بالاكراه هو في حكم الغلط في حالة الاسترداد وذلك لان الارادة في الامتين مشوبة بعيب خاص. قلنا بعكس مذهب هذا الحكم رغم صدوره برئاسة موريونديو^(١) واضع القوانين المصرية الالهية، لانه رأى لا يتفق مع الاصول العامة لنظرية الاسترداد. وقد أيدنا في رأينا القضاء الفرنسى نفسه،

معتقداً صحة الدفع وانعدم سند الدين وانما يجوز الرجوع بالدفع على الدين الحقيقي .
ولكن عدم تل الشارع المصري لفترة الذنية من المادة ١٣٧٧ فرنسي لا يدل
على انه لم يرد الاخذ بها. بل دلى العكس من ذلك يفيد انه أخذ بها مادام أنه قرر
الاستثناء. وفي هذه الحالة اذا لم تتوافر أركان الاستثناء الذي اعتبره قاعدة عامة، فانه
يجب الاخذ بالقاعدة الأصلية. أى انه طبقاً للمادة ١٤٨ لا يجوز الاسترداد فيما اذا
كان الوفاء من غير المدين وخضاً منه في شخص الدائن حسن النية وعند زوال سند
الاستثناء. وطبقاً للمادة ١٤٨ المذكورة يجوز الاسترداد فيما اذا كان الدافع غير مدين
ودفع غلطاً الى الدائن الحقيقي سيء النية، سواء أخدم السند أم لم يخدم

وعلى ذلك تعتبر المادة ١٤٨ مصرى في تقارباً للشطر الثاني من المادة ١٣٧٧
فرنسي انها تقرر ما جاء بلادة الفرنسية اصلاً واستثناء. والذي جعل الشارع المصري
يصوغ المادة ١٤٨ بالصفة التي وردت بها انما هي ارادته في أن يكون منسجماً في
التعبير حتى تكون صيغة المادة ١٤٨ ملائمة مع صيغة المادة ١٤٧ السابقة عليها التي
قررت عدم جواز الاسترداد اذا كان الدين طبيعياً، ولذا اضطر الى عدم الالتفات
الى الشطر الاول من المادة ١٣٧٧ فرنسي

٦٧٩ — واذا انتهينا الآن من اعتبار المادة ١٤٨ / ٢٠٩ مدني مصري مطابقة
في معناها للمادة ١٣٧٧ ورأينا أنها هي الاخرى تشترط الغلط من قبل الدافع لجواز
له الاسترداد، وان لمادة ١٤٨ / ٢٠٦ مدني و ١٧٦ : لم تشترط انطناً أو الغلط من
قبل الدافع، فما هي اذن اقامة العامة الاستفادة من هذين النصين ١٤٥ و ١٤٨ من
حيث اشتراط الغلط ؟ هناك رأيان

الرأي الاول : هل يشترط الغلط في كل حالة كان الدفع فيها خطأ من جانب
الدافع ؟ أى سواء كان الغلط واقعاً في شخص الدائن أو واقعاً في شخص المدين نفسه ؟
أى هل يشترط الغلط في دعوى الاسترداد سواء كان الدافع دفع الى غير دائئه الحقيقي
أم دفع دون أن يكون مدينًا للمرة ؟ يقول فريق من الشارحين بوجود شرط الغلط
في جميع الاحوال

الرأى الثانى : أم ان شرط الغلط لم يرد فقط إلا بالمادة ١٤٨ أى ان الاسترداد موقوف فقط على حصول غلط من جانب الدافع بحيث اذا دفع وهو يعلم بأنه غير مدین لمن يدفع له نظراً لكون المدفوع اليه ليس هو الدائن الحقيقى فلا يجوز له حق الاسترداد ؟ الجواب انه لا يشترط الغلط فى جواز الاسترداد طبقاً للرأى الثانى إلا فى الحالة التى نصت عليها المادة ١٤٨ . أى ان شرط الغلط يكون واجباً فى حالة ما اذا دفع الدافع ديناً حقيقياً ولكنه دفع الى دائن غير حقيقى وحسن النية . بحيث اذا دفع فى هذه الحالة عن غير غلط ^(١) أى وهو يعلم بأن من يدفع اليه ليس هو الدائن الحقيقى فلا يجوز له الاسترداد . أى انه يترتب على ذلك أن شرط الغلط فى الاسترداد مقصور فقط على حالة واحدة : وهى حالة ما اذا كان هناك دين حقيقى . وأما فى الاحوال الاخرى ، أى فى حالة ما اذا كان الدفع عن دين غير حقيقى ، كأن كان الدين لا أصل له بالمره أو كان الدين باطلا ، فلا يشترط الغلط فى الاسترداد . بل يجوز الاسترداد حتى لو كان الدافع يعلم بأنه يدفع ديناً غير حقيقى بالمره ، أو دينا باطلا . وهذا رأى فريق آخر من الشارحين ونؤيده بعض أحكام المحاكم ^(٢)

هذان هما الرأيان اللذان قال بهما شارحو القانون الفرنسى . وحجة الرأى الاول فى اشتراط الغلط فى جميع الاحوال التقاليد الرومانية والقانون الفرنسى القديم والمعدلة أيضا . أما المدالة فلأنه من الطبيعى أن القانون يحى من يقع فى الخطأ ، وللخطأ أو الغلط أثر ظاهر فى المقود . وأما اذا ظهر بأن الدافع لم يغلط ولم يخطئ بل دفع وهو يعلم بأنه يدفع ديناً غير مطالب به أصلاً أو غير مطالب به أزاء من يدفع له : فى هذه الحالة لبس الدافع جديراً بأى رعاية قانونية . مادام انه أجرى عمله وهو على علم يقينى بممايعمه . إذ يفسر هذا العلم بأنه أراد التبرع أو أراد دفع دين طبيعى أو انه أراد ان يقوم بأداء خدمة للمدفع اليه أو انه أراد تأييد التزام سابق باطل . هذه هى حجة الفريق الاول الذى يشترط الغلط فى الاسترداد فى جميع الاحوال

لما للفريق الثانى فانه لا يرى الاخذ بشرط الغلط الا فى حالة واحدة وهى حالة دفع دين حقيقى الى دائن غير حقيقى . ويستنتج اصحابه من ذلك كما رأينا بأنه لا يشترط

الغلط في الأحوال الأخرى عند الاسترداد . أي إذا دفع الدافع ديناً ليس مديناً به أصلاً أو دفع ديناً باطلاً وهو يعلم في كل ذلك بأذنه غير ملزم ، فليجمع ذلك حق الاسترداد لأن الغلط مقصور قطعاً على حالة دفع الدين الحقيقي لغير الدائن وحقه في ذلك عدم الخروج عن منطوق المادة ١٤٨ / ٢٠٩ مدني و١٢٧٧ فرنسي إذا أن الغلط لا يشترط في صحة الاسترداد إلا إذا كان خاصاً فقط يدفع دين صحيح إلى غير الدائن

٦٨٠ — هذان هما الرأيان وهذه هي حجة كل منهما . ونرى أن كلا من هذين الرأيين قد خرج بنظريته بعيداً بحيث تعتبر كل نظرية منها مشوبة بالاطلاق والتعميم . والرأي الأصح الذي يجب الأخذ به في تقرير نظرية استرداد المدفوع بلا حق إنما هو المرجوع إلى قضاء المحاكم نفسه واستكناه أركان القواعد الصحيحة الدامة منه . أي القواعد التي يجب الأخذ بها مع الاستمانة بالنصوص القانونية أيضاً . والتي يستفاد من استقراء أحكام المحاكم أن هناك أحوالاً لا بد فيها من اشتراط الغلط في صحة الاسترداد وأحوالاً ليس فيها من اللزم اشتراط الغلط

٦٨١ — الحالة الأولى : في شرط الغلط لجواز الاسترداد . في الكثير من الأحوال لا يجوز للدافع حق الاسترداد إلا إذا ثبت بأنه دفع غلطاً أي وهو لا يعلم بالحقيقة المستورة عنه ، بمعنى أنه دفع وهو مدفوع بمامل الغلط ولا علم له بحقيقة المأل . أي أنه دفع ديناً ولم يكن هناك سبب قانوني يبرر الدفع . وعلى ذلك يعتبر في الأصل أن دفعه صحيح أي أن لدفعه سبباً قانونياً مشروعاً^(١) فإذا ادعى الغلط من جانبه ، أي عدم وجود سبب قانوني للدفع ، لزمه الإثبات^(٢) أي أن المقروض وجود للسبب القانوني للدفع . وعلى ذلك يحمل المدعي في الاسترداد باثبات الغلط من جانبه^(٣) والتبطل القانوني في ذلك أن الأصل في العقود صحتها أي الأصل فيها أن لها سبباً قانونياً^(٤) المادة ٩٩٣ مدني فرنسي وحكمها علم ، فإذا انعقد العقد بين شخصين ألزم به كل

(١) كولين وكليمان ج ٢ ص ٤٩١ - بلايول ص ٢٦٧ و ٨٤٠ (٢) استثنائاً مختلط

(٣) مقرر سنة ١٨٩١ م ق ٢ ص ٧٨ - ٢٠ يونيو سنة ٩٥ م ق ٢ ص ٧٠٩

(٤) مدني مخرج ٢ ص ٩٥ و ١٥٠

منها فن ادعى عكس ما يقرره المند في ظاهره لزمه الاثبات (١)

٦٨٢ — هذه هي القاعدة العامة . ولأن تأخذ في بيان الوجة في تطبيقها بالرجوع الى الاحوال العمالية القضائية والى النصوص القانونية المؤيدة لها

١ — **مادة ١٤٨ / ٢٥٦ مدنى و ١٣٧٧ فرنسى :** لم تخرج هذه المادة عن كونها مظهراً عاماً لهذه القاعدة . إذ أبحاث هذه المادة أن من دفع خطأ لمير دائه جازله استرداد ما دفعه ، الا اذا كان الدفع الى حسن النية وأعلم مستند الاستدانة . فالدفع في ذاته من الاجنبى غير للدين الاصلى جائز قانوناً (المادة ١٦٠ / ٢٢٣ مدنى و ١٢٣٩ فرنسى) أى الدفع صحيح ، وصحته راجعة الى أن الدافع يدفع ديناً ليس ملزماً به أصلاً . وهو في هذه الحالة اما انه يدفع متبرعاً الى الدين فيها . اذا كان الدين موجوداً أصلاً ، أو انه يدفع في سبيل تحرير ذمة الدين أمام دائه ، ثم الرجوع فيها بعد على الدين . فالدفع في ذاته صحيح ما دام يعلم الدافع بحقيقته . وعلمه بهذه الحقيقة مفروض . انما الذى لا يفرض هو جوبله بالحقيقة ، أى غلطه في أنه دفع ديناً كان يظن انه مدين به الى ذلك الدائن حامل السند

٢ — **الوفاء بالربيه الطبيعى والمادة ١٤٧ / ٢٠٨ مدنى و ١٢٣٥ فرنسى :** رأينا أن الشارحين والتضاء هنا وهناك يقولون بصحة الوفاء بالدين الطبيعى وعدم

(١) ١٠ مارس سنة ١٩٧٢م ق ١٩٠-٩٠ . وما اتقول حينئذ في شركة تصال على استهلاك سهوها actions وسنداتها obligations فخرج سهم أو سند بانقره ووجب حينئذ استهلاك amortissement أى دفع قيمته التناق عليها الى صاحب وهو حامله ، ومع ذلك قل الشركة لم تخرج عملية الاستهلاك وظلت قيم الفوائده لصاحبها وهى ممتدة خطأ أن السند لم يخرج بالقررة فى الاستهلاك ؟ قبل يجرى لشركة ان تسترد ما دفعت من الارباح اخذاً بنظرية الغلط أو الخطأ وان تدفع لصاحب السهم قيمته ؟ ان ليس لها حق استرداد الارباح ؟ احتلف القضاء الفرنسى في تقرير الرأى وصدر قانون فرنسى في اول اغسطس سنة ١٨٩٢ اقر رأى الفرنسى بعدم جواز الاسترداد وهذا هو الرأى الاصح : بلائول ص ٢٦٧ - ٢٦٨ ن ٨٤١ . - ليون كان ج ٣ ص ٥٠٥ ن ٦٦٢ الطبعة الثالثة . - وكذلك فى اناونون المصرى مع كونه ليس به نصوص تحكى مافى القانون الفرنسى فلا بد هنا ان تأخذ بالرأى المتأين بعدم جواز الاسترداد . لانه من المستبعد كثيراً كما يقول بحق بلائول ان تكون الشركة قد اخذت بينا هي خاتمة كل يوم حركة سندها وسهوها وتعرف من شؤونها فى الاستهلاك من طريق انقصة ما لا يبره الغير . وعلى ذلك تعتبر لها على الاقل محطه ، ويجب ان تتحلى عبء إثباته ليس من السهل اتقول بان الشركة تحرم حامل السند من ارباح قيمته بينما كانت مشتقة فى الواقع السند نفسه

استرداده وأنهم علقوا ذلك على شرط أن يكون الوفاء بلاادة الدافع ، أى وهو يعلم بأنه يدفع ديناً طبيعياً . فإذا حصل الوفاء منه خطأ ، جاز له الاسترداد^(١) وحجة القضاء في عدم جواز الاسترداد هي المادة ١٤٧/٢٠٨ مدني انحصاراً بالدين الطبيعي ، حيث يقال في معرض دعوى المطالبة بمبالغ مدفوعة في مضاربات البورصة قبل صدور قانون رقم ٢٣ سنة ٩٠٩ المعدل للمادة ٦٦/٧٥ تجارى وما بعدها ، ما يأتي : « وحيث انه بناء على ما هو مأخوذ به من القواعد العامة في هذه الحالة وعلى ما هو مقرر في القانون المصرى نفسه بأنه لا يجوز استرداد ما دفع بلاادة الدافع وبناء على واجب غير مؤيد بالقانون »^(٢) هذا ولكننا أبنا في عرض نظرية الالتزام الطبيعى أننا لسنا على هذا الرأى وأتينا بالاحتمالات الشككية التى يمكن أن يتكيف بها الوفاء بدين طبيعى ، سواء أ كان الغلط واقعاً فى القانون أم في تقدير الوقائع (ن ٣٧٩)

٣ - رفع المراهنة أو المقامرة بنجمة المراهنة والمادة ١٩١٧ مدني فرنسي : سبق لنا أن قلنا (ن ٣٧٣) بأن المادة ١٩٦٧ مدني فرنسي قررت بأنه لا يجوز لمن تراهن أو مقامر أن يسترد ما دفعه من قيمة المراهنة او المقامرة ، الا اذا كان دفعها له مشوباً بالناش أو التدليس والاحتيال . ولما بأنه يجب الأخذ بهذه المادة في القانون المصرى ، باعتبارها تقرر قاعدة عامة . أى لا يجوز الاسترداد الا اذا قلم الدليل على حصول الغلط من جانب الدافع (القضا المصرى أزل سبتمبر سنة ٩٠٩ م ر ١١ ، ص ٣٦) وكذلك في حالة المضاربات بل بورصة قبل صدور قانون رقم ٢٣ سنة ٩٠٩ الذى عدل المواد ٦٦ — ٧٢/٧٥ — ٨١ من القانون التجارى وأبج المضاربات انحصاراً بتحصيل الفرق بين ثمن البيع صورياً وقت انعقاد العقد وبين اليوم المعين للتوريد الصورى ، فانها كانت محظورة باعتبارها مراهنة وقماراً . فاذا دفعت فيها مبالغ فما كان يجوز استردادها^(٣) . أما اذا اخذ الدائن في المقامرة سنداً على مدينه فلا يجوز

(١) دى مجلس ج ٢ ص ٩٧ ن ١٥٧ (٢) استئناف ٦ يناير سنة ٩٠٣ م ت ق ، ١٥ ، ٨ .

(٣) دى مجلس ج ٢ ص ٩٦ ن ١٥٦ فى آخرها . - استئناف م أول ابريل سنة ٩٠٣ م ت ق ،

٢٥ ، ٢٢ ، ٦ - ابريل سنة ٩٠٣ م ت ق ، ١٥ ، ٧٩

وهذه به الحجز الإداري دفع مضطراً، جاز له في هذه الحالة استرداد ما دفعه بدعوى على حدة، ولا يصح دفع الدعوى قبله بأنه دفع ولم يكن دفعه مشوباً بالغلط^(١) ونلاحظ على هذا الحكم أنه رجع في رأيه إلى أن المادة ١٤٥/٢٠٦ مدني لا تشترط حصول الغلط من جانب المدفوع إليه كما اشترطته المادة ١٣٧٦ فرنسي . وهذا التعليل غير صحيح كما صرح في نبذة ٦٧٧ إذ رأينا أن المادة ١٤٥/٢٠٦ مدني تفسر أيضاً كما تفسر المادة ١٣٧٦ فرنسي المقابلة لها . وقد بينا ذلك في النبذة المذكورة عند تفسير المادة ١٤٥/٢٠٦ مدني و ١٣٧٦ فرنسي بما يطابق رأي القضاء والفقهاء الفرنسيين^(٢) وإذا دفعت على دعوى رسوم أكثر مما يجب تحصيله فيجوز استرداد الزيادة^(٣) ولا يجوز دفع الدعوى بأن دفع المبلغ من قبل الدافع لم يكن قبيحة الخطأ أو الغلط لأنه في حالة تشبه التهديد أيضاً فهو مضطر للدفع والا لا يؤثر له على عريضة الدعوى ولا تقيد بتعديل المحكمة

٦٨٥ - النوع الثاني « عدم مشروعية سبب العقدة » : ان عدم

مشروعية العقد نفسه وعلى ذلك أن كان الدين راجعا لسبب غير مشروع^(٤) أو مخالفًا للأداب والاخلاق^(٥) ووفى به المدين ، جاز لهذا الأخير استرداد ماله ، دون أن يلزم باثبات حصول غلط من جانب سواه إذا كان غلطًا قانونيًا^(٦) فيما إذا اعتقد بأن مثل هذا العقد مما تجوز فيه المطالبة القضائية ، أم كان غلطًا موضوعيًا^(٧) . ولكن يجب ملاحظة أن الرومان قرروا قاعدة لازال العمل يأخذ بها في الوقت الحاضر وهي أنه لا يصح إلى قول من يستفيد من سوء عمله^(٨) بمعنى أنه كان سوء العمل مشتركًا بين العاقدين وكانا فيه سواء فلا تكون لمن دفع حق استرداد ما دفعه إلى الآخر فن دفع ثمنًا ليبت بناء أوليت قمار لا يجوز له استرداد الثمن^(٩) وكذلك لا يجوز أيضًا

(١) استشفام ٧ مايو سنة ٩٠٨ م ق ٢٠٢٠٢٢ (٢) كوابين وكابجان ج ٢ ١٢٢٤
(٣) محكمة اللوسكي الجزئية ٦ مارس سنة ٩٠١ م ٣٠١ ١٨ رقم ٥٤ (٤) cause
erreur de fait (٥) cause immorale (٦) erreur de droit (٧) illicite
personne n'est أي nemo auditor propriam turpitudinem suam allegans (٨)
٩٩٠٠ ٢٦٣٠١٠٩٠٠ د (٩) écouté s'il se prévaut de sa propre turpitude
٢٨٩٠٩٠٩٠٠ وصال ٢٨٩٠٩٠٠ د ٢٥٣٢٧٠٨٩٠٠ د ٢٨٩٠٩٠٠ د

استرداد الايجار المدفوع عن منزل للبقاء أو القمار^(١) ولا يسترد مدفوع الرجل لامرأة في مقابل اقامتها معه زمناً ما^(٢) وإذا دفع مبلغ لارتكاب جريمة لا يجوز استرداده على أنه يجب أن يلاحظ في مثل هذه الاحوال المتقدمة أن القضاء يجري على أنه لا يحظر الاسترداد على المدعى الا اذا كان عدم المشروعية أو المخالفة للأداب والاخلاق آتياً من جانبه . أي اذا كان فساد السبب من جانب المدفوع اليه دون الدافع جاز الاسترداد . فإذا حصل عقد القرض بنوائد ربوية تزيد عن النصاب التأبني وهو ٩٠٪ جاز للمدين طلب استرداد الزيادة ولا يحتاج عليه بأنه شريك في عدم المشروعية لانه اضطر اليها ولم يرض بها الاكراهاً^(٣) ويصح الاسترداد من جانب من دفع مبلغاً لشخص حتى يمنع هذا الاخير عن ارتكاب جريمة ما^(٤)

النوع الثالث . فقد الاهلية لدى الرفع : اذا حصل الوفاء من مقتود الاهلية جاز لولي أو وصيه أو قيمه استرداد ما دفع ، ولو كان الدافع يعلم بما يشوب الوفاء .

(٢) فيما يترتب على الاسترداد ومالا يترتب عليه

٦٨٦ — رأينا أن المسوغ القانوني لنظرية الاسترداد هو العدالة والاصول العامة للالتزامات وبناء على ذلك رتب القانون قواعده في هذا الشأن وميز بين الموفى اليه حسن النية والموفى اليه سيء النية^(٥) إذ لحسن النية وسوئها أثر ظاهر في ترتيب النتائج القانونية . وقد أشرفنا الى ذلك في مواطن عدة وعلى الاخص في نظرية الوفاء والتقصير أو الخطأ ، ونظرية الملاك . ونرى الآن أن نفرد كلمة خاصة لكل من حسن النية وسوء النية .

الحالة الاولى : الموفى اليه سيء النية : هذا الشخص ليس جديراً بحماية القانون له وعطفه عليه ويعتبر سيء النية فيما اذا قبض الشيء وهو يعلم بالعيب الذي

(١) دى هلس ج ٢ ص ٩٦ ن ١٥٦ (٢) دى هلس النبعة ذاتها (٣) بلانول ج ٢ ن ٨٤٦ دى هلس ج ٢ ص ٩٦ ن ١٥٦ في نهايتها . - ٨٠٥ ، ٢٠٩ ، ٣٦٣ . - س . ٢٠٩ ، ٢٠٢ . - كولين وكابنان ج ٢ ص ٤١٣ . - قارن حكم محكمة بنى سوف الجزئية في ١٢ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ١٣٨ ، اذ أباح عدم جواز استرداد الفوائد الربوية في الرهن الميازى .
(٤) كولين وكابنان ج ٢ ص ٤١٣ (٥) دى هلس ج ٢ ص ٩٢ ن ١٥٩

يشوب الرقعة والقبض ، وعلى الاخص فيما اذا كان يعلم بان سبب العقد مخالف للنظام العام أو الاخلاق أو المبادئ الحسنة أو القانون ، وفي هذه الحالة يلزم برد ما استلمه وتبراته رفوائده من وقت قبضه للأصل (نادة ١٤٦/ ٢٠٧ مدني ١٣٧٨ فرنسي) ^(١)

فإذا كان ما استلمه شيئاً مادياً منقولاً كان أو عقاراً وجب عليه أن يرده بعينه ان وجد . أو يرد ثمنه اذا هلك بخطئه وتقصيره أو بغيرهما . وهذا مستفاد من المواد ١٤٥/ ٢٠٦ مدني ١٤٦/ ٢٠٧ مدني ١٣٧٩ فرنسي ^(٢) وعليه ود القيمة فيما لو وهبه ^(٣) وعليه دفع قيمة الشيء الى الموفي وقت رفع الدعوى عليه اذا سبق له أن تصرف فيه للغير . وعلى ذلك لا تبرأ ذمته في هذه الحالة الاخيرة اذا اكتفى برد الثمن الذي قبضه فقط ، فيما اذا كان الثمن أقل من القيمة الحقيقية للشيء . وهذا ما يستفاد من طريق الدليل العكسي للمادة ١٣٨٠ مدني فرنسي التي قررت بان الموفي اليه حسن النية يلزم برد الثمن الذي قبضه فقط . وحكم للمادته من حكم عام سواء في ذلك حكمها الظاهر أو المستفاد من الدليل العكسي . وعلى المدفوع اليه أن يرد قيمة الشيء المتبوض لديه حتى لو كان قد هلك في حادث جبري أو قهري (المادة ١٣٧٩ مدني فرنسي وحكمها عام) وحكم المدفوع اليه شيء النية في هذه الحالة حكم السارق كاقبال بحق كولين وكابنان ^(٤) يدخل تحت نص المادة ١٣٠٢ مدني فرنسي الفقرة الاخيرة (وحكمها عام كما سبق ان رأينا ذلك في مكانه)

واذا تصرف في الشيء بهربق الهبة وجب عليه أيضاً رد قيمته ^(٥)

وان كان القانون قد حمل المدفوع اليه شيء النية بما حمل وأثقل ظهره من التكاليف القليلة الناشئة عن سوء نيته ، الا انه قد حماه في موطن واحد وهو في حالة ما اذا صرف على الشيء معروفة ضرورية أو نافعة اذ قرره بللمادة ١٣٨١ (وحكمها عام) حق المطالبة بقيمة المصاريف الضرورية ^(٦) واذا كانت المصاريف نافعة ^(٧) فله حق المطالبة فقط بما زاد في قيمة الشيء بسبب هذه المصاريف ^(٨) وأما

(١) دي مجلس ج ٢ ص ٩٨ ن ١٦٥ (٢) دي مجلس ج ٢ ص ٩٨ ن ١٦٢ (٣) دي مجلس ج ٢ ص ٩٩ ن ١٦٨ (٤) ج ٢ ص ١١٣ (٥) دي مجلس ج ٢ ص ٩٩ ن ١٦٨
(٦) impenses nécessaires (٧) impenses utiles (٨) plus-value

مضاريف الزخرفة^(١) فلا يجوز له للطالبة بها مطلقا سواء هى بنفسها أو بما زاد فى قيمة الشيء بسببها^(٢)

٦٨٨- الحاشية الثانية: الموفى اليه حسن النية . هذا هو الذى يدلف عليه القانون ولا يتبل ظهوره بالتكليف التى تحمل بها سوء النية . والقاعدة الأصلية التى تمشى عليه هى أنه لا يلزم فى الأصل إلا بتدبير ما عاد اليه من المنفعة . ويترتب على ذلك ما يأتى :

١ - لا يلزم برد الثمرات والفوائد التى حصلها . وهذا ما قرره للمادة ١٤٦/٣٠٧ مدنى و ١٣٧٨ مدنى :

٢ - اذا سبق له وباع الشيء فلا يلزم الا برد الثمن الذى قبضه فقط (لائحة ١٣٨٠ مدنى فرنسى وحكمها علم كما رأينا) ولا يلزم بشيء فيما اذا وهبه^(٣)

٣ - اذا هلك الشيء فى حادث قهرى أو جبرى برئت ذمته . أى الهلاك على المالك وهو الموفى^(٤) وهذا ما يستند من طريق عكسى لمادة ١٣٧٩ فرنسى ، الا اذا كان الهلاك بتقصيره أى خطئه الجسيم^(٥) فهلاكه عليه^(٦)

٤ - يعفيه القانون من كل رد اذا هلك سند الاستدانة عقب الوفاء اليه . وهذا ما قرره المادة ١٤٨/٢٠٩ مدنى و ١٣٧٧ بقرة ٢ فرنسى أى أن القانون يقرر له حق الدفع بعدم جواز سماع الدعوى قبله^(٧) والسبب فى ذلك هو حرمانه من سند الاستدانة الذى كان يعتمد عليه اذ ينفقه لا يستعير مطالبة مدينه بالدين . وليس من العدل حينئذ الزامه برد مبلغ لا يد طبع الحصول ثليه فيما بعد

اذا علم ذلك فما القول فيما اذا كان سبب الاستحالة فى حصول الدائن هذه المرة على الدين من مدينه ليس هلاك سند الاستدانة عقب الوفاء اليه ، بل مضى المدة أى سقوط الدين بالمدة التاوية بد الوفاء ؟ وما القول ايضا فيما اذا ترتب على الوفاء زوال الضمانات التى كانت مقررة للدائن تأميناً لديته ؟ فهل تلحق حالتان بالحالة التى

(١) impenses voluptuaires (٢) دى هلس ح ٢ ص ٩٩ و ١٧٠ (٣) دى هلس

ج ٢ ص ٩٩ و ١٦٧ (٤) res perit domino (٥) faute grave (٦) دى هلس

ج ٢ ص ٩٨ و ١٦٢ (٧) fin de non-recevoir

قررتها المادة ١٤٨/٢٠٩ مدني و ١٣٧٧ فرنسي ، ويحظر الاسترداد حينئذ على الدافع ما دام قد ترتب على غلطه زوال الدين بمضى المدة ، وزوال التأمينات ؟ أوجب القضاء على ذلك بالإيجاب^(١)

٦٨٩ - في المسوغ القانوني للمادة ١٤٨/٢٠٩ مدني و ١٣٧٧ فرنسي :

من العدل والقانون أن لا يتحمل ائتمان غلط غيره ، بل يلزم الغير بتأجيل غلطه هو وعند تعارض مصلحة الدائن (حسن النية) مع مصلحة الدافع (الذي وقع الغلط من جانبه) يجب تفضيل الاول لانه لم يقع من جانبه شيء ما ولو أن ما وقع قد وقع فعلا ، ولكنه لا يعلم بما وقع - أي عند تعارض عدم العلم ، وهو حسن النية ، مع الخطأ يجب تفضيل الاول على الثاني . ولكن أليس في ذلك شيء من التسف في النظر ؟ إذ كيف يفضل عدم العلم ، على الغلط ، وكلاهما غلط ، إذ عدم العلم هو غلط ، مما قيل في عدم العلم من حسن النية . أليس الغلط أيضا في هذه الحالة هو عدم العلم ؟ وإذا كان كذلك فكيف يفضل عدم العلم على عدم العلم ، وفي العلم سواء في الاثنين ؟ إذا علم ذلك أمكن اقول بان المادة ١٤٨/٢٠٩ مدني تسويع بلا مسوغ . وهو ما يرفضه العتل . ولا يمكن ادراك التسويع بلا مسوغ الا اذا صدر من مجنون - اذا علم ذلك فاذا يكون حينئذ المسوغ لدى الشارع لمادة ١٤٨ ؟ الذي يقول به انه قد يرجع الى الشهور بالبدلة ، أي رجع الى فكرة الهلاك أو الضمان^(٢) فرأى من الحق والعدل أن يتحمل الهلاك من صدر العمل من جانبه ، لا من تلقى العمل (ونسبه هذه الحالة حالة الهلاك عند وقوع ضرر من مالك الشيء الى الغير) أي أن الدافع يضمن عمله لانه صادر منه ، ولا يضمنه عليه المدعوى اليه ، لانه صادر اليه . ولكن هل هذا صحيح أيضا حتى لو سعى الدائن بحسن نية الى الدافع فدفع هذا الاخير بناء على سعي الاول ، ألم يكن الاجدر في هذه الحالة جعل الضمان على الموفى اليه لانه لولا سعيه ما دفع الموفى ، ولأنه هو البادئ ، فكان يجب أن يضمن ما ترتب على ما صدر منه باعتباره بادئا فيه ؟ ولكن يظهر أن الشارع خشى هذا التمييز ودقه واحتمال خلط التقدير فيه فأرسل القاعدة للمادة ١٤٨ ارسالا عاما وأطلها من قتال الدقة في التقدير

(١) د. ١٧٧، ٢٠٩٢، ٢٠٤ - س. ٢٠٤، ٢٠٩٢، ٢٠٤ وقال د. Lebrez - د. ٩١٣، ٩١٤، ٩١٥.

في دعوى المطالبة بمقابل المنفعة

٦٩٠ — رأينا في تفسيرنا للمواد ١٤٥ — ١٤٨/٢٠٦ — ٢٠٩ مدني ١٣٧٥ — ١٣٨١ فرنسي أن القانون أراد تقرير نظرية استرداد للدفع بلا حق . أي قرر القواعد الخاصة برد ما دفع^(١) . ولكنه لم يقرر نظرية الأثر على حساب الغير^(٢) . تقريراً عاماً ولا الدعوى المقررة لها وهي دعوى المطالبة بمقابل المنفعة^(٣) . لذا يجب وضع أركان هذه النظرية الأخيرة بعد استقراء أدوارها التاريخية والاحكام العديدة التي صدرت فيها في صور شتى

على اننا وان كنا قد أشّرنا الى ان المادة ١٤٤/٢٠٥ مدني تتعلق بأعمال الفضولي . الا انه نظراً لعبارتها العامة وعلى الاخص عبارة صدر المادة لا عجزها فانه يصح اعتبارها مصدراً تشريعياً ترجع اليه نظرية الأثر على حساب الغير . فقد قررت هذه المادة أن « من فعل بالقصد^(٤) شيئاً^(٥) تترتب عليه منفعة^(٥) لشخص آخر فيستحق^(٦) على ذلك الشخص مقدار المصاريف التي صرفها والخسارات التي خسرها^(٧) بشرط ألا تتجاوز تلك المصاريف والخسارات قيمة ما آل الى ذلك الشخص من المنفعة^(٨) . والاطلاق في صدر المادة يشعر بان الشارع أراد تقرير نظرية الأثر على حساب الغير . الا ان عجز المادة حدد ما أطلقه صدرها فجعل النص في عمومه خاصاً بالفضولي . ولكن رغم ذلك فانا نستطيع أيضاً استخدام هذه المادة في تقرير نظرية الأثر على حساب الغير^(٩) »

tintin- (٣) actio de in rem verso (٢) enrichissement sans cause (١)
oblige (٦) bénéfice (٥) le fait (٤) tionnellement
profit (٨) dépenses et pertes subies (٧)

Revue trimestrielle مجلة Rouast الأستاذ انظر في هذه النظرية بحثاً عاماً نشره الأستاذ Rouast في سنة ١٩٣٣ ص ٣٥ - ١٠٩ . ويبحث آخر بالمجلة نفسها سنة ١٩٢٠ كتيبه الأستاذ Renard ص ٢٤٣ وما بعدها . انظر كولهن وكابنان ج ٢ ص ٤١٤ - ٤٢١ وعلى الاخص المراجع الواردة بالمطالعة من صفحة ٤١٤

(١) في الادوار التاريخية لدعوى المطالبة بمقابل المنفعة^(١)

٦٩١ — نرى من اللازم أن تقسم هذه الادوار التاريخية الى ثلاثة أقسام:
عند الرومان وفي القانون الفرنسى قبل سنة ١٨٠٤ وبعدها

٦٩٢ — المرور الاول : دعوى المطالبة بمقابل المنفعة عند الرومان :

المشترع المعروف بومبونيوس^(٢) عبارة مشهورة عنه معناها أنه « من العدل الطبيعية أنه لا يجوز للإنسان أن يثري أضراراً بالغير »^(٣) وهي قاعدة تليها البداهة وتؤيدها العقل باعتبارها أصلاً من الاصول الصحيحة العمرانية . إذ لا يجوز لأحد أن يثري مما يجريه له الغير من مال الغير . ولكن يجب مع ذلك عدم الأخذ بهذه القاعدة بطريقة عامة لأن نفس الموسوعات الرومانية قيدتها بقيود ولم تأخذ بها على هذا الاطلاق .

فاذا أضحى جاز ملكه وعادت منفعة ظاهرة من الاصلاح على ملك جازه بما زاد في قيمته . أو اذا قام شخص بالاعمال اللازمة حتى يتقى بها أضرار الفرق والقيضان على ملكه ، فاستعاد من ذلك المالك المجاور أو البعيد عنه . اذا حصل ذلك ، أي اذا أصاب الغير منفعة من جراء قيام الشخص بعمل خاص بملكه ، فلا يجوز لصاحب العمل مطالبة الغير ، الذى استفاد من طريق غير مباشر ، بقيمة المنفعة التى عادت عليه من هذا العمل ، لأن الاصل في المطالبة بمقابل المنفعة لا يصح الا اذا حصل العمل الذى تسبب عنه ضرر بصاحب العمل^(٤) ، أى أنه ترتب على عمل الشخص سلب جزء من ماله^(٥) وظهور مقابل له في المال عند الغير ، أى ما ينتص من مال الشخص يزيد في مال الغير . فاذا لم يصب مال الشخص قصص ما ، بل أجرى تحسين ماله ، واستفاد الغير عرضاً من ذلك فلا يجوز لصاحب العمل أن يطالب الغير الذى انتفع ، بأى شئ في مقابل المنفعة . لأن هذه المنفعة في مال الغير لم يكن لها مقابل في مال الشخص من حيث النقص

(١) Actio de in rem verso (٢) Pomponius (٣) *jure naturae aequum*

(٤) *est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorum* : —

il est d'équité naturelle que nul ne doive s'enrichir au détriment et au

'appauvrissement (٥) *cum alterius detrimento* (٤) préjudice d'autrui

كذلك أيضاً إذا جرى السأجر في مدة عشرين سنة من تاريخ الإيجار أبنية لمصلحته الخاصة تسهيلاً له في استقلال الأرض المؤجرة إليه ، وجب عليه تركها في نهاية الاجارة وعدم الساس بها لأنها تعتبر مملوكة للمالك المؤجر . فإذا لم يشترط للسأجر على المؤجر أن يدفع له هذا الأخير مبلغاً في مقابل ما عاد على الأرض من الزيادة في قيمتها فليس له حق المطالبة عند عدم وجود هذا الشرط. والعلة في ذلك أن الأثر الذي وقع للمؤجر لم يأت له بلا سبب^(١) بل كان سبب عقد الإيجار التمتع بين السأجر والمؤجر^(٢)

لهذا يكون من المجازفة القول بأن الرومان أطلقوا عبارة *پومپونيوس* (٣) على معناها العام الستماد من ظاهرها دون تقييدها بالتميود التي ذكرناها . وعلى ذلك ليس صحيحاً القول بأن الرومان أجازوا المطالبة بتعويض^(٤) في كل حالة ظهر فيها أضرار للغير وعلى مصاريف الشخص. والمفينة أن الرومان قرروا دعاوى شخصية^(٥) في بعض الأحوال الخاصة وأجازوا فيها لمن أصابه ضرر، من جراء المنفعة التي عادت على الغير، مطالبة هذا الغير بتعويض ذلك الضرر . ولقد سبق لنا أن رأينا نوعاً من هذه الدعاوى الشخصية^(٦) وهي دعوى استرداد المدفوع بلا حق^(٧) وهالك باقي أنواعها :

دعوى المطالبة بقيمة ما وفي به الملتزم بشيء مستقبل لم يتحقق بعد^(٨)
ودعوى المطالبة بمقابل المنفعة الناشئة عن عمل مخالف للأداب والاخلاق أو الناشئة عن جنحة^(٩)

ودعوى المطالبة بمقابل المنفعة التي حصلت بلا سبب^(١٠) وهي التالب البام التي تفرغ فيها المطالبة بوجه عام بمقابل المنفعة التي حصلت للغير بمصاريف ومال التسبب فيها ، دون أن يكون هناك عقد بين المطالب بالمنفعة والمدعى عليه المستفيد من المنفعة

(١) *injuria* أي *sans cause* (٢) كولين وكاتان ج ٢ ص ٤١٤ - ٤١٥

(٣) *Pomponius* (٤) *indemnité* (٥) *actions personnelles*

(٦) *condiciones* (٧) *condictio indebiti* (٨) *condictio causa data*

(٩) *causa non secula* (١٠) *condictio ob turpem vel injustam causam*

(١٠) *condictio sine causa*

وفوق ما تقدم فإن الرومان أجازوا للشخص الذي تعاقد مع من هو في كنف غيره أو الشخص الخاضع لرب الأسرة ^(١) أجازوا له حق مطالبة رب الأسرة نفسه ^(٢) بمقابل ما عاد من المنفعة على هذا الأخير ^(٣)

هذه هي الدعاوى التي قررها الرومان في حالة الأثرء على حساب الغير . ولنتنقل الآن الى ما كان معروف في القانون الفرنسى قبل سنة ١٨٠٤

٦٩٣ - الدور الثالى : دعوى المطالبة بمقابل المنفعة عند الفرنسيين

قبل سنة ١٨٠٤ : قرر فقهاء الفرنسيين قبل سنة ١٨٠٤ الأخذ بهذه الدعاوى المختلفة التي قررها الرومان فيما يتعلق بالمطالبة بمقابل المنفعة . وقال بذلك دوما وغيره إلا أن دوما أطلق عبارة بومبونىوس ^(٤) وأخذ بها بطريقة عامة . أما بوتيه فقد اكتفى بالإفاضة في دعوى الاسترداد بلاحق ^(٥) دون غيرها من الدعاوى الأخرى التي ذكرناها عند الرومان . ولكنه أضاف على ذلك قوله « بأن العدالة لا تبيح الأثرء على حساب الغير » ثم قوله « بأن القضاء الفرنسى جرى على اعتبار العدالة في ذاتها كفاية في تقرير التزام مؤيد بدعوى » وهذا يدل على أن نظرية الأثرء لم تفته بعد ٦٩٤ — ولقد اعتاد هؤلاء المفسرون على أن يسموا بطريقة عامة دعوى

المطالبة بمقابل المنفعة بهذه التسمية ^(٦) وهى التسمية التي قصرها الرومان كما رأينا على مطالبة رب الأسرة بما عاد اليه من المنفعة من تعامل الغير مع أفراد أسرته الخاضعين لسلطانه . ويرى بلائييل أنه كان الأولى تسمية دعوى المطالبة بمقابل المنفعة بدعوى استرداد المدفوع بلا سبب ^(٧) باعتبارها القالب العام لدعوى الأثرء ، لأنها أقرب الى معناها ولأنها تقابل دعوى الاسترداد أو دعوى تثبيت الملكية ^(٨) اذ يراد بدعوى الاسترداد رد الشيء الموجود تحت يد الحائز بلاحق ، كما أنه يراد بدعوى المطالبة بمقابل المنفعة دفع مبلغ الى الطالب يعادل ما عاد من المنفعة على المدعى عليه بقدر ما عاد من الضرر على المدعى

(١) alieni juris (٢) pater familias (٣) وسما هذه الدعوى بما يأتي : de peculio
أو de in rem verso (٤) Pomponius (٥) condictio indebiti (٦) action en revendication بلائييل
rem verso (٧) condictio sine causa (٨)

أما وقد انتهينا من الأحكام بالأدوار التاريخية لهذه النظرية فلنتقل الآن إلى دورها في الوقت الحاضر

(٢) دعوى المطالبة بمقابل المنفعة

في الوقت الحاضر

٦٩٥ - رأينا من المحة التاريخية أن الرومان أطلقوا هذه التسمية ^(١) على الدعوى التي يراد بها مغالبة الشخص بما عاد عليه من المنفعة من عمل المدعى وما خرج من مال هذا الأخير وظهر بمال الشخص. وأنهم قصرُوا الدعاوى الأخرى على أنواع خاصة. ورأينا أنهم جعلوا دعوى المطالبة بمقابل المنفعة ^(٢) خاصة فقط بمطالبة الغير لرب الأسرة بسبب تعامل الغير مع أفراد الأسرة. ورأينا أن نقباء الفرنسيين أطلقوا هذه التسمية الأخيرة على كل حالة يراد بها مطالبة الشخص بمقابل المنفعة بوجه عام، أي أنهم أرادوا بالدعوى بالمطالبة بمقابل المنفعة ^(٣) ما أرادوه الرومان من الدعوى بالمدفوع بلا سبب ^(٤) وأن بلانيول انتقد في ذلك. ورأينا أن بوتيه أفاض فقط في دعوى استرداد المدفوع بلا حق ^(٥) دون الدعاوى الأخرى. ولكنه مع ذلك لم يفته الإشارة إلى القاعدة الأصولية العامة في أن العدالة أن تقرر التزاماً مؤيداً بدعوى

٦٩٦ - إذا قلنا ذلك أمكننا الانمام بما أراداه الشارعان في سنة ١٨٠٤ من وضع واده ١٣٧٦ - ١٣٨٠ مدي، وما أراداه أيضاً الشارع المصري من مواد ١٤٤ - ١٤٨ / ٢٠٥ - ٢٠٩ مدي، وهل أراد الشارع الفرنسي والشارع المصري، أن يأخذوا هو الآخر بنظرية الأثر بلا سبب واعتبارها مظهراً من مظاهر العدالة وصوره من صورها واعتبار العدالة فيها مصدراً لالتزام الغير، أم لا

لأن الشارع الفرنسي لم يرد كمادته أن يخرج عما يقرره له بوتيه. لذا رأى الشارع الفرنسي أن يشير فقط إلى نظرية استرداد المدفوع بلا حق كما إلى بوتيه، دون أن يتعرض لنظرية الأثر بلا سبب بوجه عام. ولكن لا يثبت ذلك مطلقاً بأنه

(١) de in rem verso (٢) de in rem verso (٣) condictio sine causa (٤) condictio indebiti (٥) condictio sine causa

أراد أن لا يأخذ بنظرية الآثار بلا سبب، وهي النظرية التي قررها الرومان وأقرها علماء الفرنسيين وأشار إليها أيضاً بوتيه وهي النظرية التي قرروا لها دعوى مقابل النفعة^(١) وأكبر الأدلة على ذلك أنه قرر الأخذ بها في مواطن عدة من مواد وهكذا أيضاً فعل الشارع المصري. إذ قرر الأخذ بنظرية استرداد المدفوع في المواد ١٤٥ — ١٤٨ مدني دون أن ينص في هذا الباب على نص عام يمتشى على نظرية الآثار بلا سبب. ولكن مع عدم وجود هذا النص فإنه هو الآخر قد أخذ بنظرية الآثار بلا سبب في مواد كثيرة من قانونه، وذلك في حالتين

الحالة الأولى. حاله رد الحائز لشيء لما كسبه الاصلى ثم مبدى تحت يده

مضى يتقاضى ما صرفه من المصاريف الضرورية والمصاريف النافعة: قرر الشارع المصري، ومعه الشارع الفرنسي، أنه في كل حالة يلزم فيها الشخص برد شيء إلى آخر، أما لسبب فسخ عقد تملكه وأما بسبب بطلانه، يجوز له المطالبة بقيمة المصاريف الضرورية^(٢) التي صرفها على الشيء، ويقدر ما زاد من قيمة الشيء^(٣) فيما إذا كانت المصاريف مصاريف تحسين^(٤) وهذا ما قضت به المادة ٣٤٤/٤٣٠ مدني و ١٦٧٣ فرنسي في حالة استرداد البائع للشيء المبيع في البيع الوفاقي^(٥) والمادة ١٣٨١ مدني فرنسي (وحكمها عام) في حالة استرداد المدفوع بلا حق والمادة ٤٨٨/٥٩٦ مدني و ١٩٤٨ فرنسي في حالة الوديعة وما صرفه المودع لديه من المصاريف للمحافظة على الشيء المودع والمادة ٥٥٢/٦٧٦ مدني و ٢٠٨٠ فرنسي في حالة ما إذا صرف الدائن المرتب على الشيء المرهون عنده مصاريف ضرورية، وما دام أن القانون يلزمه بالصرف فإن مما لا شك فيه أن يكون له حق المطالبة بما صرفه. والمادة ٥٨٨/٧١٣ مدني و ٢١٧٥ فرنسي في حالة استرداد القمار من الحائز^(٦) بواسطة الدائنين المرتبين أو بواسطة أراشي عليه المزاو^(٧) فإنه يجوز للحائز للمقبل حق المطالبة بقيمة ما صرفه من المصاريف الضرورية أو يتم ما زاد في قيمة القمار مما صرفه عليه من المصاريف النافعة

(١) de in rem verso (٢) impenses nécessaires (٣) plus-value (٤) impenses d'amélioration (٥) action en réméré (٦) adjudicataire (٧) tiers détenteur

الحالة الثانية : حالة الانصاف^(١) : قرر الشارع بالمواد ٦٤ - ٦٧ / ٩٠ - ٩٢ مدني و ٥٥٤ و ٥٥٥ و ٥٧٠ و ٥٧١ و ٥٧٧ فرنسي الخاصة بالانصاف انه يجب على المالك للشيء الاصل^(٢) أن يدفع تعويضاً للمالك الشيء التبعية^(٣) وهو الشيء الذي التصق بالشيء الاصل

هذه هي النصوص القانونية التي أوردتها الشارع هنا وهناك بشأن الأثر على حساب الغير وهي نصوص خاصة بأحوال معينة حصرتها في موضعين : موضع رد الحائز للشيء ، وموضع الانصاف . ولكن ما القول بشأن الاحوال الاخرى التي لم يرد لها نص في القانون ؟ هل تسرى عليها هذه القاعدة السنفادة من مواد المالكين السابقين ، أي قاعدة ازام المنتفع بنفع قبية مائة تقع به الى من تسبب له في هذه النفعة ؟ واذا كانت هذه القاعدة صحيحة باعتبار أن العدالة هي التي تلي بها فما هو اداء التحليل العلمي القانوني لهذه القاعدة ، قاعدة الأثر على حساب الغير ؟ هذا هو ما تراه الآن

(٣) المسوغ القانوني لنظرية الأثر

على حساب الغير بوجه عام

٦٩٧ - انقسم الشارحون بشأن تقرير دعوي المطالبة بمقابل المنفعة^(٤) الى ثلاث طوائف : طائفة تقول بأن المسوغ القانوني للدعوى إنما هو قيام التسبب في المنفعة في اجراء عمل لمصلحة رب العمل باعتبار التسبب بعمل عملا يمكن من بعض وجوه أعمال القضولى ، أى أن المسوغ هو الاخذ بنظرية أعمال القضولى من طريق القياس^(٥) وطائفة تقول بأن المسوغ للدعوى المطالبة بمقابل المنفعة هو نفس المسوغ لنظرية التسوية الشئبة أى المسوغ لنظرية الهلاك^(٦) وطائفة تقول بالعدالة والعادة . وبيان ذلك :

٦٩٨ - مزهوب الاول : مزهوب شبه أعمال القضولى : قال هذا المذهب

de in (١) chose accessoire (٢) chose principale (٣) accession (٤) risque (٥) gestion d'affaires imparfaite ou anormale (٦) rem verso

بان الذى أحدث بآل الغير منفعة اما يحكى من بعض الوجوه الفضولى ^(١) الذى يقوم بأعماله على بآل رب العمل . لذا يكون التسبب في حل من مطالبة المنفع بما عاد عليه من النفع ^(٢) . ولكن يوجب الناقدون على هذا المذهب أنه يضيق دون أن يأخذ تحت كنفه جميع الاحوال الخاصة بالأراء على حساب الغير . ذلك لانه يلاحظ في الفضولى أنه يعمل بنية العمل في مصلحة رب العمل . ولكن يحصل كثيراً في الأراء على حساب الغير ، أن التسبب في الأراء ما كان ليرى مطلّة الى القيام بعمل للغير ، بل لنفسه خاصة (كولين وكاتبان ج ٢ ص ٤١٧)

٦٩٩ - المذهب الثانى : منهـب مخاطر الشئ : يرجع هذا المذهب الى نظرية مخاطر الشئ ^(٣) أو نظرية للمسئولية الشئية ^(٤) . إذ وينما يقرر أنصار هذه النظرية أنه يجب على مالك الشئ أن يتحمل كل ما ينجم عن هذا الشئ من الأضرار التى تحل بالغير ، يقررون في آن واحد ومن طريق تقرير النظرية لهذه النظرية ، أنه يجوز أيضاً لمن أحدث للغير منفعة أن يطالبه بقيمة هذه المنفعة . أي أنه مادام الانسان مسؤولاً عما يحدث من الشئ الملوك له ، فهو كذلك في حل من مطالبة الغير مما يحدثه لهذا الغير من المنفعة . أي أن من عليه الغرم فله الغرم . فإذا أضر الغير وجب عليه التعويض . وكذلك اذا أقام الغير وجبت له قيمة للمنفعة . ولما كانت المادة ١٣٨٢ مدنى فرنسى ، وهى القابلة تماماً وحرفاً بحرف للمادة ١٥١ قرة أولى مدنى أهلى تقرر نظرية المسئولية بوجه عام ، فقد صاغ أنصار هذا المذهب مادة وأفرغوها في نفس قلب المادة ١٣٨٢ بحيث تحكى في منظورها ومرماها نفس ما تنطق به وترمى اليه المادة ١٣٨٢ المذكورة . ولاهمية الشبه بين المادتين ، المادة ١٤٨٢ الحقيقية والمادة الأخرى التى تحكىها نرى من اللازم درجها هنا بتصنيفها .

المادة ١٣٨٢ مدنى فرنسى المطابقة تماماً للمادة ١٥١ قرة أولى مدنى أهلى : « كل

(١) gérant d'affaires (٢) ٤٩٠١٠٩١٠٥٠ ومقال بلانبول . . س ١٩٠١٠٩٤٠١٠٠

د ٩٠٨٠٢٠٣٣٢٠٠ س ٤١٠٢٠٩٠٩٠٠ (٣) risque (٤) responsabilité objective

فعل ما للانسان أحدث ضرراً للغير ألزم من وقع الضرر من جابه ويخطئه بتعويض ذلك الضرر» (١)

أما نص المادة الموضوعية من طريق النظر للمادة السابقة في حالة الإلزام فهو ما يأتي :

« كل فعل ما للانسان أحدث للغير منفعة بلا سبب ، يقرر حق لمن حصلت المنفعة من جابه بمطالبة الغير برد هذه المنفعة » (٢)

ولما كان هذا المذهب يرجع الى نظرية تحل مخاطر الشيء في تقرير أصوله وقواعده فإنه لم يفلت هو الآخر من نقد الناقدین خصوص نظرية مخاطر الشيء ، تلك النظرية التي جمعت حولها كثيراً من الانصار في الوقت الحاضر بما جعل القضاء يؤيدها في كثير من أحكامه

٧٠٠ - المذهب الثالث : مذهب المدعي والمُدعى . يقول أصحاب هذا المذهب وهما كولين وكابتان (٣) بما كان يقول به بوتيه نفسه . أي أنه يرجع في تقرير نظرية الاثراء بلا سبب وتقرير دعوى المطالبة بمقابل المنفعة ، الى المدالة والى ما قررتة المادة بشأنها . وما دام أن الاصل فيهما المادة وجب الرجوع اليها لانعرف على شروطها ومبلغ أثرها القانوني . والمراد بالعادة هنا أحكام الحاكم أي القضاء . فالقضاء في نظرهما ، ومعه المدالة ، هو المرجع الوحيد في بيان آثار هذه النظرية .

ولسكننا نرى أنه مع القول بأن الأصل في نظرية الاثراء بلا سبب ودعواها هو القضاء وما تأثر به هذا الأخير من المدالة . الا اننا لا نرى أن هذا المذهب ، قد وفق ذو الآخر الى العثور على المسوغ القانوني للحق ودعواه . بل لم يخرج في حكمه عن كونه قرر وضع النظرية على بساط البحث دون أن يأتي بحل لها . لان القول بالمدالة والعادة امتضائية قول عام لا يرتكز على أصل على قانوني يسمح أن يكون

Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, (١)

Tout fait (٢) oblige celui par la faute duquel est arrivé, à le réparer.

quelconque de l'homme, qui procure à autrui un enrichissement sans cause, donne le droit à celui par le fait duquel il a été procuré, à le réparer.

سنداً نظرية تركز عليه ، أي مسوغاً قانونياً يبرر الأخذ بها من وجهة العلمية القانونية البحتة .

٧٠١ — والتي نراه بعد استقراء القضاء فيما أملاه عليه الحوادث الواقعة وبعد تبين شروط النظرية منه نرى أنه لا غل للأخذ بالمذهبين الأول والثالث . وربما كان في الأخذ بالمذهب الثاني ، مذهب مخاطر الشيء ما يجمع ما بين العدالة ، باعتبارها أساس نظرية مخاطر الشيء ، وبين المسند القانوني ، الذي يرجع في تكوينه الى النصوص القانونية نفسها ، وهي المواد ١٣٨٢-١٣٨٦ مدني فرنسي المتابلة للمواد ١٥١-١٥٣/٢٢-٢٦ مدني مصري

(٤) الأثرء ودعواه في القانون المقارن

٧٠٢ — رأيت الشرائع المصرية الحاخرة أن لا تترك نظرية الأثرء على حساب الغير ودعوى المطالبة بتقابل النفعة دون النص عليها صريحاً . وذلك أن القانون الألماني قرر في المادة ٨١٢ أن كل من حصل على شيء بدون سبب قانوني على حساب الغير سواء كان ذلك من طريق الالتزام به أو بأي طريقة ، وجب عليه أن يرد ذلك الشيء الى الغير ، (قرن المادة ٧٠ من قانون الالتزامات السويسري .)

(٥) في شروط الأثرء ودعواه

٧٠٣ — أما وقد انتهينا من الادوار التاريخية التي مررت بها النظرية والدعوى وما قام حولها من المذاهب المختلفة من حيث المسوغ القانوني فانه نرى الآن أن تأتي هنا على الشروط القانونية التي يجب توافرها في رفع دعوى المطالبة بتقابل النفعة^(١) هذه الشروط ثلاثة . (أثرء لدى المدعي عليه : ٢) ضرر حل بالمدعي : ٣) أثرء بلا سبب

٧٠٤ — اشرط الاول: أثرء لدى المدعي عليه: ^(٢) يجب أن يكون قد حصل فعلاً أثرء في مال المدعي عليه . ولا يتحقق هذا الشرط الا اذا كان الأثرء

٧٠٥ - الشرط الثاني : ضرر حل بالمدعى : ^(١) ليس كل منفعة ظهرت

في مال المدعى عليه يترتب عليها حق للمدعى في مطالبة خصمه بتقابل المنفعة ، حتى لو كانت هذه المنفعة بفعل المدعى ، ومن الطريق المباشر أيضاً ، بل يجب أن تكون هذه المنفعة نتيجة ضرر وقع فعلاً بمال المدعى ، أي خروج شيء من مال المدعى ^(٢) في نظير دخول ما يقابله في مال المدعى عليه ^(٣) . وعلى ذلك لا يجوز للمالك الذي يني داراً نخمة بأرضه أن يطالب جاره بما استفاد هذا الأخير من زيادة قيمة ملكه مادامت هذه الزيادة لم تكن مترتبة عن ضرر وقع بمال المدعى ثم تحول هذا الضرر إلى منفعة بمال المدعى عليه . وكذلك إذا أخذ المالك لبيت في عشرين منظر به ، أو عمل على حماية أرضه من أي عدوان طبيعي أو غير طبيعي ، فإنه لا يجوز مضالبة جاره الذي انتفع من طريق غير مباشر بما عاد عليه من الزيادة ^(٤)

٧٠٦ - في خطأ المدعى أو نقصه : إذا أخطأ المدعى أو قصر فيما كان

يجب عليه أن يعمل به باديء ذي بدء وترتبت على أعماله منفعة لغيره فإنه لا يجوز له مع ذلك حق رفع دعوى المطالبة بتقابل المنفعة ، إذا كان الضرر الذي حل به قد وقع بسبب خطئه كدهاله أو طيشه ^(٥) مثلاً افترض البنك العقاري مبلغاً يدفع للدائن المرتهن في المرتبة الأولى دون أن يميل اتفاق بينه وبين الدائن على أن يحمل محله في الرهن (الحلول بالاتفاق) ولما بيع المقار بالمزاد وشرع في توزيع الثمن على الدائنين فوجى البنك العقاري بدائن له حق الأفضلية عليه . هذا الدائن هو الأولاد القصر المقرض بما لهم من حق الرهن القانوني العام المترد في القانون أنه لدى المصلحتهم بمحض قوة ائتمانهم على عقارات أبيهم . ولما كان لا مناص من ذلك وأنه لا بد من أن يفضل

وهذا الثمن استأنى بمحض لا يجوز الأخذ به إلا فيما قرره قط . وكذلك قانون نزع الملكية للمنافع العمومية الصادر في ٢٧ من ١٩٠٦ لسنة ١٣٠٦ في المادة ١٣ أن الثمن الذي تدفعه الحكومة لا يدخل فيه مقدار زيادة القيمة الناشئة أو التي يمكن أن تنشأ عن نزع الملكية . وكذلك إذا كان نزع الملكية جزئياً فالجواب يكون على هذه القاعدة لأن الثمن يكون عبارة عن الفرق بين قيمة العقار كله وقيمة الباقي بعد نزع الملكية . وانتم عندنا استثنى أيضاً préjudice (١) appauvrissement (٢) enrichissement (٣) (٤) د ٩٠٥ .

١٩٠٦ ، ١١٩٠٦ ، س ، ١٩٠٧ ، ٤٦٥٠ ، (٥) كوليز وكاين ج ٢ ص ٤١٨ . - د ٩٠٤ ، ١٩٠٤ ، ٣٩١٠١ .

هؤلاء الاولاد القصر بقرن ايمانى ، رأى انه يمكنه الاستماعة بدعوى المطالبة بمقابل المنفعة^(١) ويطالب القصر بالمبلغ الذى دفعه للدائن المرتهن الاول باعتبار انه هو الذى أقامهم بفعله وهو دفع الدين ، وانه لولا دفعه الدين للدائن المرتهن الاول ، لكان قد ترتب على ذلك حرمان الاولاد القصر من الحصول على حقوقهم من ثمن العقار . وعلى ذلك يكون بدفعه للدين قد أقام الاولاد القصر . وقد قضى القضاء بعدم صحة الدعوى هذه^(٢) لان المنفعة التى عادت على الاولاد القصر انما جاءتهم بسبب خطأ البنك وامحاله فى انه لم يأخذ احتياطة القانونى بعمل عقد بالحلول بينه وبين الدائن المرتهن الاول^(٣) هذا والسبب فى ذلك كله هو خطأ البنك وامحاله فى عدم أخذ احتياطة

٧٠٧ — الشرط الثالث : إزاء بلا سبب : المراد بالسبب هنا العمل

القانونى^(٤) الذى ترجع اليه المنفعة . أى اذا كان للمنفعة عمل قانونى تستند اليه فلا تجوز دعوى المطالبة . انما محل طلب المقابل بالمنفعة أن تكون المنفعة لا تستند الى عمل قانونى يبرر وجودها فعلا . مثلاً رأينا فى استرداد المدفوع بلا حق^(٥) أن المدفوع اليه^(٦) ملزم بالرد الى الدافع^(٧) والسبب فى ذلك انه لا يوجد لدى المدفوع اليه سبب يبرر له وجود المبلغ فى ماله ، أى عمل قانونى يستند اليه . وكذلك رأينا فى الاحوال المعقدة التى ذكرناها بشأن ما يصرف على شئ من المصاريف الضرورية أو النافعة انه تصح المطالبة بقيمة ما صرف ما دام انه لا يوجد ما يبرر هذا المبلغ بيد المالك للشئ .

وعلى ذلك اذا وجد عمل قانونى يبرر وجود المنفعة فلا يكون هناك محل المطالبة بقيمة . مثلاً اذا جاء المستأجر وأحدث بالمقار المؤجر أعمالاً فى سبيل تسهيل وسائل الاستغلال أو الاستعمال لديه فلا يجوز له مطالبة المؤجر المالك بقيمة هذه الاعمال . والسبب فى ذلك عقد الايجار نفسه لانه بذلك المقدم يجب على المستأجر أن يرد المقار الى المؤجر بما هو عليه من الملحقات التى أضيفت اليه أو التحسينات التى دخلت عليه

(١) de in rem verso (٢) ٣٩٣، ١، ٨٩، د . س . ٩٧، ١، ٩٠ (٣) كولين

وكايتان ج ٢ ص ٤١٩ (٤) acte juridique (٥) répétition de l'indu (٦) accipiens (٧) solvens

أي الحالة التي هو عليها (المادة ٣٧٨ / ٤٦٣ مدني و ١٧٣١ - ١٧٣٥ فرنسي) وكذلك الحال أيضاً بشأن الانتفاع ^(١) فإنه لا يجوز للمنتفع أن يطالب صاحب الرقبة بما أجراه من التحسينات في الشيء . (٥٩٩ مدني فرنسي وحكمها علم) - وإذا اختارت شركة التأمين حق قيامها هي بإصلاح ما فسد من البناء المتهدم في الحادث بدلا من أن تدفع مبلغ التأمين الى الزمن له ، وترتب على عملها هذا أن زادت قيمة الشيء زيادة ترجع الى الفرق بين البناء في قدمه والبناء في حالته الجديدة ، فإنه لا يجوز لها أيضاً مطالبة صاحب البناء بهذا الفرق أي زيادة القيمة لأن السبب فيها والبرر لها إنما هو عقد التأمين المقود من قبل بين الشركة والزمن له ^(٢)

وعلى ذلك يكون المائل دون المطالبة بالتمعة انما هو العمل القانوني أى العقد السابق وجوده بين الطرفين . فاذا زال هذا الحادث جازت دعوى المطالبة بمقابل التبعة

٧٠٨ — إذا علم ذلك فما القول حينئذ فيما إذا كان المتع بلا سبب قد تصرف في النعمة إلى الغير . فهل يجوز دعوى المطالبة بمقابل للنعمة ضد هذا الغير مادام أنها جائزة ضد من تعاقد معه ، أم لا يجوز ؟

مثلا ورد زيد ل بكر علا ولم يتقاض منه ثم وهب بكر هذا المثل الى خالد .
فهل يجوز لزيد البائع مطالبة خالد الموهوب اليه بالثمن باعتبار انه اُثرى على حيايه بلا
سبب وباعتبار أن هذا الحق جائز طبعاً قبل بكر ؟ أي هل يجوز لزيد أن يرفع
دعوي المطالبة بمقابل النعمة ⁽⁴⁾ على خالد ؟

إذا قسنا التي أوردناه في بنية ٧٠٤ وأخذناه عن القضاء القردى وهو للمثل
الخاص ببايع السباغ الى المستأجر الذي ترك الأرض وما عليها من الزراعة وما بهامن
السباغ الى المالك المؤجر في مقابل التوىض نظير عدم قيام المستأجر بشروط الإيجار -
إذا قسنا هذا بنك جاز تغلب مظنة القول بأنه ما دام أنه يجوز لبائع السباغ مطالبة
المالك للمؤجر بشمن السباغ لانه انتفع به بلا سبب قائم بين البائع والمؤجر ، فانه يجوز أيضاً
في حالة بيع زيد العسل الى بكر وإيابه هذا الاخير العسل لخالد أن يطالب به بخلافه

21.1.9.4.5-1A1.1.9.4.5 (2) nu-proprietare (2) usufruit (1)
de in rem vero (1)

(٦) في المبلغ المطالب به في الأثراء

action Paulienne (۳) ۱۲۰ ج ۲ (۲) ۱۶۵، ۱

فيه ، وعلى من الملاك وهكذا . وما دامت نظرية استرداد المدفوع بلا حق تنفق مع نظرية الأثر على حساب النذر ودعوى المطالبة بمقابل المنفعة من حيث الوجهة العامة بينهما في انتفاء السبب لدى المدعى عليه ، أى في انتفاء سبب وجود هذه الزيادة في ماله بقدر النقص الذى وجد فى مال المدعى ، وجب حينئذ اعتبار هذه القواعد المقررة بالمواد المذكورة الخاصة بأولى النظريتين قواعد عامة تتمشى عليهما معا ^(١) . وإذا كان الأصل فى المطالبة الزيادة الحاصلة فى مال المدعى عليه بما يعادلها النقص الحاصل فى مال المدعى ، لزم على ذلك حينئذ ألا يتعدى المبلغ الذى يقضى به للمدعى هذين القعدين الزيادة والنقص ، أى لا يتقاضى من خصمه أكثر من الزيادة الحاصلة فى مال الأخير ^(٢) ولا أقل مما نقص من ماله هو ^(٣) وأما فوائد المبلغ فن وقت المطالبة الرسمية أى من وقت رفع الدعوى فعلا (المادة ١٢٤ / ١٨٣ مدنى) لامن وقت مجرد الانذار بالدفع كما هى الحال فى القانون الفرنسى بمقتضى المادة ١١٥٣ مدنى

في
المصادر اللاتعاقدية
للالزامات

٢

في نظرية

الجنح واشباه الجنح

أو

نظرية المسؤولية

في نظرية المسؤولية

٧١٠ — نظراً لما عليه هذه النظرية من الدقة وراعاة الاتصال بين المواد الفرنسية والمختلطة والاهلية رأينا أن ندرج هنا النصوص برمتها بالفرنسية والعربية حتى تسهل المقارنة بين الصورتين ومعرفة أوجه الفروق بينها . ونرجع في وضع هذه المواد الى ترتيبها للتأليف أي المواد الفرنسية والمختلطة والاهلية

القانون الفرنسي : الترجمة العربية^(١)

٧١١ — المادة ١٣٨٢ : « كل فعل ما للانسان أحدث ضرراً للغير اُلزم من وقع الضرر من جانبه وبخطئه بتعويض ذلك الضرر »
 المادة ١٣٨٣ . « لا يلزم الانسان بتعويض الضرر الناشئ عن فعله هو فقط ، بل الناشئ أيضاً عن احماله وعدم تبصره »

المادة ١٣٨٤ : « لا يلزم الانسان بتعويض الضرر الناشئ عن فعله هو فقط ، بل الناشئ أيضاً عن فعل الاشخاص الموضوعين تحت رقابته أو الاشياء الموجودة تحت رعايته »

« ومع ذلك فلا يسأل المأزق للمقار كله أو بعضه مهما كانت الصفة القانونية للحيازة ، وكذلك لا يسأل المأزق للثغولات ، اذا شب فيها حريق ، عن الاضرار اللاحقة بالغير ، الا اذا ثبت حصول الحريق بخطأ المأزق أو بخطأ الاشخاص للمستول هو عنهم . ولا يسرى هذا النص على علاقات الملاك مع المستأجرين بل تظل علاقاتهم هذه خاضعة لاحكام للمادتين ١٧٣٣ و ١٧٣٤ من القانون اللكني » (تعديل قانون ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢)

« ويعتبر الاب ، والام بعد وفاة الزوج ، مسئولين عن الاضرار الحاصلة من أولادهم القصر المقيمين معها في معيشة واحدة »
 « ويعتبر الخدمون واصحاب الاعمال والاشغال مسئولين عن الاضرار الحاصلة من خادميهم ومستخدميهم أثناء قيامهم بالاعمال التي عينوها لهم

« ويعتبر المربون وأرباب الصنائع مسئولين عن الأضرار الحاصلة من تلاميذهم وصبيبتهم في الوقت الذي يكونون فيه تحت ملاحظتهم

« ويجب أن يَتَصَّى بهذه المسؤولية المينة فيما سبق الا اذا أثبت الاب والام والمربون وأرباب الصنائع بأنه لم يكن في استطاعتهم منع وقوع الحادث الذي ترتبت عليه هذه المسؤولية

« على أن الحكومة تحمل محل القائمين بالتعليم العام فيما يتعلق بالمسؤولية المدنية »
المادة ١٣٨٥ : مالك الحيوازون يستخيم الحيوان ، كلاهما مسئول عن الضرر
 لتلى سببه الحيوان في الوقت الذي يكون فيه بخدمة كل منهما . سواء أ كان الحيوان في حيازة الواحد منها أم كان قد ضل أو فرّ منه »

المادة ١٣٨٦ : « مالك البناء مسئول عن الضرر الناشئ عن تدمره اذا كان التهمد حاصلًا بسبب عدم العناية بالبناء أو لعيب في نفس تشييد البناء »

القانون الفرنسي : النص الفرنسي

Art. 1382 : " Tout fait quelconque de l'homme, qui cause — ٧١٢ —
 à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer. »

Art. 1383 : " Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non-seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou son imprudence. »

Art. 1384 : " On est responsable non-seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde.

" Toutefois, celui qui détient à un titre quelconque tout ou partie de l'immeuble ou des biens mobiliers dans lesquels un incendie a pris naissance ne sera responsable vis-à-vis des tiers des dommages causés par cet incendie, que s'il est prouvé qu'il doit être attribué à sa faute ou à la faute des personnes dont il est responsable. Cette disposition ne s'applique pas aux rapports entre propriétaires et locataires qui demeurent régis par les articles 1733 et 1734 du code civil. (Loi 7 nov. 1922.)

“ Le père et la mère après le décès du mari, sont responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux;

“ Les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés;

“ Les instituteurs et les artisans, du dommage causé par leurs élèves et apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance.

“ La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les père et mère, instituteurs et artisans, ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité.

“ Toutefois, la responsabilité civile de l'Etat est substituée à celle des membres de l'enseignement public. „

Art. 1385 : “ Le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé. „

Art. 1386 : “ Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction. „

القانون المختلط . النص العربي^(١)

٧١٣ — المادة ٢١١ : « انما يكون التضامن في الاحوال الآتية »

المادة ٢١٢ : « كل فعل يخالف القانون وجب ملزومية فاعله يتعويض الضرر الناشئ عنه ما لم يكن الفاعل غير مدرك لأفعاله سواء أ كان لعدم تمييزه بالسبب اسنه أم لسبب آخر »

المادة ٢١٣ : « كذلك يلزم الانسان بضرر الغير الناشئ عن تقصير من هم تحت رعايته أو عن اهمالهم أو عدم الدقة والانتباه منهم أو عن عدم ملاحظته اياهم »
المادة ٢١٤ . « يلزم السيد ايضاً بتعويض الاضرار الناشئ للغير من افعال خدمته متى كان واحداً منهم في حال تأدية وظائفهم »

المادة ٢١٥ : « يلزم مالك الميوان بالضرر الناشئ من حيوانه سواء أ كان في جوارحه أم فرّ منه »

القانون المختلط : النص الفرنسي

Art. 211. " Sont solidaires celles qui prennent leur source dans les ٧١٤ circonstances qui vont être énumérées. "

Art. 212. " Tout fait poursuivi par la loi oblige son auteur à réparer le préjudice qui en résulte, sauf le cas où cet auteur, à raison de son âge ou pour tout autre motif, n'a pas conscience de ses actes. "

Art. 213. " Il en est de même si le préjudice causé à un tiers provient d'une faute, de négligence ou de défaut de surveillance des personnes que l'on a sous sa garde. "

Art. 214. " Le maître est également responsable du dommage causé par ses serviteurs, quand ce dommage a été causé par eux en exerçant leurs fonctions. "

Art. 215. " Le propriétaire d'un animal est également responsable du préjudice causé par l'animal qu'il a sous sa garde ou qu'il a laissé s'échapper. "

القانون الاهلي : النص العربي

٧١٥ - المادة ١٥٠: « انما يكون امتداع في الالتزامات الناشئة عن الاحوال الآتية . »

المادة ١٥١: « كل فعل نشأ عنه ضرر للغير يوجب ملازمة قاتله بتعويض الضرر . وكذلك يلزم الانسان بضرر الغير الناشئ عن افعال من ثم تحت رعايته أو عدم الدقة والانتباه منهم أو عن عدم ملاحظته ايهم » (١)

المادة ١٥٢: « يلزم السيد أيضاً بتعويض الضرر الناشئ للغير عن افعال خدمته متى كان وقماً منهم في حالة تأدية وظائفهم » (٢)

(١) وقد أغفل النص العربي هذا ترجمة faute الواردة بالفترة الاولى والفترة الثانية . وقد ترجمت هذه الكلمة بالمادة ٢١٤ مخطط النص العربي بـ « تصير أخذاً من ترجمة رخصة بك وبعد الله بك المادة ١٣٨٢ من القانون المدني الفرنسي سنة ١٩٢٨ م وسنة ١٨٦٥ م ويظهر أن الاصح هو استبدال كلمة خطأ بدلاً من كلمة تصير نظراً لاشتغالها على المعين المطلوبين وهما ارتكاب غلط إجباري بالنفس واهمال أمر كان يجب عدم اهاله . ومع ذلك فقد استعملنا كلمة تصير أيضاً في الاحوال النادرة ونظراً لسهولة الاشتقاق للتعدد منها (٢) وهذا النص العربي كالنص العربي المادة ٢١٤ مخطط سواء بسواء مع استبدال كلمة من بكلمة في

المادة ١٥٣ : « وكذلك يلزم مالك الحيوان أو مستخدمه بالضرر الناشئ عن الحيوان المذكور سواء كان في حيازته أو نداء منه . »

القانون الاهلي : النص الفرنسي

٧١٦ — « مثل نص المادة ٢١١ مختلط سواء بسواء » : Art. 150.

Art. 151. " Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faut duquel il este arrivé à le réparer (١)

"Il en est de même, si le dommage causé à un tiers provient de négligence, d'imprudence ou de défaut de surveillance des personnes que l'on a sous sa garde. » (٢)

Art. 152 (مثل نص المادة ٢١٤ مختلط)

Art. 153. " Le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, est également responsable du dommage causé par l'animal qu'il a sous sa garde ou qu'il a laissé échapper. » (٣)

(١) هذه الفقرة هي كنس المادة ١٣٨٢ مدني فرنسي حرفاً بحرف (٢) وهذه الفقرة مثل المادة ٢١٣ مدني مختلط مع ملاحظة الفروق الآتية . - (١) استعملت هذه الفقرة كلمة dommage بدلاً من كلمة prejudice الواردة بالمادة ٢١٣ مختلط بالنص الفرنسي . - (٢) لم تأت هذه الفقرة بكلمة تصحيح faute الواردة بالمادة ٢١٣ مختلط بالتصحيح العربي والفرنسي (٣) وهذه المادة كنس المادة ٢١٥ مدني مختلط وتزيد عنها في عبارة « ou celui qui s'en sert » التي لم ترد بالنص المختلط والتي وردت بنص المادة ١٣٨٥ مدني فرنسي

تمهيدان

٧١٧ — أما وقد انتهينا من حصر المواد القانونية بنصوصها العربية والفرنسية فإنا نأخذ الآن في شرح هذه النظرية ولا نرى بداً من أن تأتي بتمهيدين لازمين للتعرف على أصول هذه النظرية في القانون المصري ومبلغ الصلة القائمة بين النصوص القانونية الأجنبية والنصوص المصرية. وهذان التمهيدان يرجع أحدهما لوجهة التاريخية للقانون المصري وثانيهما لوجهة التشريعية

(١) التمهيد التاريخي

٧١٨ — فلم أن القانون الفرنسي وضع سنة ١٨٠٤ في وقت لم يعرف فيه العالم النهضة الاقتصادية العامة التي ظهرت في عصر القرن التاسع عشر وعظم شأنها في القرن العشرين وعلى الاخص بعد الانتهاء من الحرب المالية التي ختمت بمعاهدة صلح فرساي سنة ١٩١٨. وكان القانون الفرنسي متشعباً بالروح الفردية^(١) ولم يقيم للشئون الاقتصادية على اختلاف أنواعها وزناً إلا بقدر ما كان معروفاً في ذلك الزمن المنصرم. وقد نقلت الشعوب الأخرى القانون الفرنسي بصدور رغبة وعلات على الاخذ به لنعطش لديها في التفاني من طريق التجمع^(٢) وللوحدة في الشبه من حيث الحالة الاقتصادية العامة. وقد أخذت مصر قوانينها سنة ١٨٧٥ وسنة ١٨٨٣ مختلطاً وأملها بعد ادخال شيء من التعديل رجع فيه اما الى ما قرره القضاء والفقهاء الفرنسيين بعد سنة ١٨٠٤ واما الى ما أقره التقاليد والعادات المصرية التي بنيت في بعض أجزائها على الشريعة الإسلامية وعلى ما قرره العمل في هذا الجو المختلط بين المصريين والاجانب مختلفي الاجناس

٧١٩ — ولكن لما كان عهد عصر ترقبها الصناعي والتجاري حديثاً ، لم يفكر الشارع سنة ١٨٧٥ وسنة ١٨٨٣ في أن يضع قوانين تضمن لها ما يمكن أن فصل اليه فيما بعد من ازدياد في الرقي وتقدم في المدنية. لذا أصبحت القوانين للأسرية هذه لا تلئم مع ما قطعه مصر من اشواط لل المدنية. وأصبح من الضروري الرجوع الى مبادئه وشعوب الأخرى في عصرنا الحاضر من أعمال تشريعية وآراء قضائية

ومذاهب قديمة ، وذلك بما قضى به القانون للدري من الاخذ بالمعالة والقانون الطبيعي عند عدم النص^(١) وهذا هو ما جرى عليه العرف القضائي المختلط والاهلي في مسائل عدة لم ترد لها نصوص خاصة بقوانين المصرية

٧٢٠ - ولقد كان لنظرية المسؤولية شأن يذكر في علم القانون عند كل شعب متدين وذلك لتقديم الصناعة ورواج التجارة في الاوقات الحاضرة . وكان من شأن التقدم التجاري العالمي ان اضطرت بعض الشعوب الى تعديل شرائعها طبقاً لما اقتضته نواميس الرقي في التجارة والصناعة ، فقررت من الوجهة التشريعية مبادئ قانونية ربما كانت لا تؤيدها النصوص القانونية القديمة في ظاهرها حتى تقطع بذلك ما يحوم من الشك والتردد حول مبادئ كونها الظروف الاجتماعية قسراً وقهراً ، وهو ما فعلته فرنسا مثلاً سنة ١٨٩٨ وغيرها من الشعوب الاخرى في تقرير قواعد قانونية من الوجهة التشريعية في نظرية المسؤولية تتشعب مع الضرورات الاجتماعية المدنية

٧٢١ - وأما المسائل الاخرى الخاصة بنظرية المسؤولية والتي لم يوضع لها تشريع خاص كاحصل سنة ١٨٩٨ فيما يتعلق بمخاطر الحرفة^(٢) والمسؤولية الشيعية^(٣) فلها قد تأثرت بهذا التشريع الجديد ووجدت لها منه أكبر نصير في تقرير المبادئ الجديدة والعمل على تفسير النصوص القديمة تفسيراً يضطرر مع الضرورات الاجتماعية الحديثة^(٤) دون الجود على نصوص قديمة لا تصلح اداة للانعام بما جد من طريق الوقوف على ما كان يريد الشارع إذ ذاك وإعمال ما تريده الجماعات الحاضرة بتطوراتها الحانية^(٥)

٧٢٢ - وقد قاضت ابحاث المؤلفين والكتبيين في نظرية المسؤولية قبل سنة ١٨٩٨ وبعبءها ولم تترك مسألة من المسائل الفرعية الا شبعها بحثاً على ضوء الضرورات الاجتماعية الحاضرة . وما يدعو الى الاسف أن يستمر بعض كبار المؤلفين في العصر الحاضر مثل بلانيول وكاتان وكولين على أصرارهم على الأخذ في نظرية المسؤولية بموجب المواد الفرنسية الاولى من المادة ١٢٨٢ الى المادة ١٣٨٦ طبقاً لما كان يريد واضعوا القانون الفرنسي سنة ١٨٠٤ . وإذا كان أسفنا عظيماً بالنسبة لما

(١) راجع المواد ٣٤ لائحة إنشاء المحاكم المختلطة و ١١ مدني مختلط و ١٩ من لائحة المحاكم الأهلية
(٢) risque professionnel (٣) responsabilité objective (٤) interprétation
(٥) objective interpretation subjective

جرى عليه هؤلاء العلماء إلا أن اغتباطنا عظيم أيضاً كلما رأينا فريقاً كبيراً من كبار المؤلفين وأصحاب النهضة العلمية القانونية في الوقت الحاضر قد خرجوا عن حد الوقوف على النصوص الندية وقرروا مبادئ قنونية تتفق مع النمو العمراني العالمي الاقتصادي مثل الأستاذ سالي^(١) وقد جاهد بعضهم في تفسير هذه المبادئ الجديدة الخاصة بالمسئولية بالرجوع الى المواد ١٣٨٢ — ١٣٨٦ تفسيراً دقيقاً وبمهارة علمية وجيزة كما فعل الأستاذ جوسران^(٢)

(٢) التمهيد التشريعي

١ — التشريع المختلط

٧٢٣ — وضعت القوانين المختلطة سنة ١٨٧٥ ووضعها المحامي الفرنسي المعروف مونوري^(٣) (ن ١٢) وقد عمل فيها على تقليد الشارع الفرنسي خصوصاً في هذا الموضوع. ولكن التقليد قد جاء أبترمسوخاً. وملاحظتنا في ذلك ما يأتي :

(١) وردت المواد الفرنسية ١٣٨٢ — ١٣٨٦ تحت عنوان الجنب وأشباهها^(٤) ووردت المواد المختلطة الخاصة بالمسئولية ٢١١ — ٢١٥ تحت عنوان الالتزام الناشئة عن العمل^(٥) إذ أدخل معها الشارع المختلط مواد أخرى خاصة بأعمال لقضولى^(٦) واسترداد المدفوع بلا حق. وربما قيل بأنه كان الأجدر فصل هذه الأنواع المختلفة بعضها عن البعض. لأن الالتزام الناشئ عن المسئولية غير الالتزام الناشئ عن أعمال لقضولى واسترداد المدفوع بلا حق

ولكن نسارع الى ملاحظة أنه ربما كان في الوضع التشريعي المختلط ما يؤيد مذهبنا الذي مستقول به بعد فيما يتعلق بالمسئولية الشبئية، أى الرجوع في هذه المسئولية لا الى مجرد الجنحة وشبه الجنحة بل الى مجرد العمل^(٧)

(٢) قررب المادة ٢١١ المسئولية بالتضامن بين المخطئين أو القصرين. وقد ضلت خيراً لأنها قلدت في ذلك ما كان القضاء الفرنسي قد قرره بعد ان سبق له

délits et. (١) Maunoury (٣) Josserand (٢) R. Saleilles (١)
gestion d'affaires (٦) obligation résultant du fait (٥) quasi - délits
fait (٧)

الآخذ بنظرية عدم التجزئة^(١) وهذه المادة لا مثيل لها في القانون الفرنسي الصادر سنة ١٨٠٤

٧٢٤ — ٣) قررت المادة ٢١٢ مدني ما يأتي: «كل عمل مخالف للقانون^(٢) يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر الناشئ عنه ما لم يكن التفاعل غير مدرك لافعاله سواء أكان عدم تمييزه بالنسبة لسنه أم لسبب آخر»

والمفهوم من هذه المادة ومن عبارة «كل عمل مخالف للقانون» أنها تختص بالمواخذة^(٣) وقرار الجزاء عن الجرائم الجنائية^(٤) ولم تتكلم مطلقاً عن الجرائم المدنية^(٥) واشباه الجرائم المدنية^(٦) وقررت هذه المادة عدم مسئولية من يحدث بالتغير ضرراً وهو غير مدرك لما يفعله كالصبي غير المميز أو المجنون والمعتوه والسكران فيما إذا لم يشرب الخمر بمحض رغبته. وهذه الفقرة من تلك المادة لا يوجد لها نظير في القانون الفرنسي ولكن قررهما «مونوري» بناء على ما كان القضاء الفرنسي قد قرره في هذا الشأن من اعتبار أن الخطأ أو التقصير^(٧) لا بد فيه من شرط الإدراك لدى الخطي.

فلما إن الشارع أراد بالمادة ٢١٢ تقرير المواخذة عن الجرائم الجنائية ولكن الشارع المختلط سارع إلى سن مادة أخرى ظن في وضعها أنها ترمي إلى تقرير الجزاء عن الجنح المدنية واشباه الجنح وأراد بهذه المادة الأخرى، وهي المادة ٢١٣، أن يقرر مسئولية الشخص عن أعماله أي عن جنحه المدنية وأشباه جنحه، وعن أعمال من هم تحت رعايته. فوضع المادة ٢١٣ بالكيفية الآتية: «كذلك يلزم الإنسان بضرر الغير الناشئ عن تقصير من هم تحت رعايته أو عن إهمالهم أو عدم الدقة والانتباه منهم أو عدم ملاحظته إياهم.» فجاء هذا الوضع مشوهاً مبتوراً وعلى غاية من المسخ والاضطراب وذلك:

أ) لأن عبارة المادة تفيد أن الإنسان مسئول عن أعمال من هم تحت رعايته. وأعمالهم هي التقصير^(٨) والإهمال^(٩) وعدم الدقة والانتباه^(١٠). فهذه الأعمال

sanction (٣) tout fait poursuivi par la loi (٢) indivisibilité (١)
faute (٨) faute (٧) quasi délits (٦) délits (٥) infractions (٤)
imprudence (١٠) négligence (٩)

المسئولة للغير هي التي يسأل عنها الشخص الموكول اليه حق رعاية المقتصرين والمهملين والطائشين . وختمت المادة عبارتها بقولها « أو عن عدم ملاحظته اياهم » وهذا التعبير يشعر بأن الشخص مسئول عن أعمال غيره أولاً وهي التقصير والاهمال والطيش ، وعن عمله هو وهو عدم الملاحظة . كأن التقصير والاهمال والطيش طائفة مستقلة عن عدم الملاحظة . على ان أصل المسؤولية هو عدم الملاحظة الذي يعتبر في ذاته تقصيراً^(١) من جانب الموكول اليه أمر الرعاية . فاذا قصر الموكول اليه أمر الرعاية اعتبر مسئولاً عن اضرار الاشخاص الموضوعين تحت رقبته فيما اذا وقع منهم ضرر سببه أعمالهم الخاصة بهم وهي تقصيرهم واهمالهم وطيشهم . أى أن المسؤولية موقوفة فقط على عدم الرقابة . فاذا كانت الرقابة صحيحة فلا مسؤولية . وكان يجب وضع المادة بما يفيد ان المسؤولية واقعة في حالة عدم الرقابة ، بمعنى انه اذا ثبتت الرقابة وثبت أدؤها من جانب الرقيب فلا مسؤولية عليه مطلقاً عند وقوع الحادث حتى لو كان سبب وقوع الحادث الاعمال الخاصة بالتدبير تقصيراً كان أو اهمالاً أو طيشاً ، وهذا هو ما قاله المادة ١٣٨٤ الفرنسية في فقرتها الاخيرة حيث قررت بأن لا مسؤولية اذا أثبتت الموكولة اليه الرعاية انهم لم يستطيعوا منع وقوع الحادث الذي نشأ عنه الضرر . بمعنى أنه لا مسؤولية عليهم حتى لو قُومَ البرهان على التقصير والاهمال والطيش من جانب من هم تحت رعايتهم اذا ثبتت رقبتهم . وهذا على عكس ما نشأ اليه المادة ٢١٣ مختلط لان الفقرة الاولى منها شعر بالمسؤولية عن تقصير الغير واهماله وطيشه مع ثبوت الرقابة . وهو ما لا يقبله لا الحق ولا العدالة^(٢) وهي التي اعتبرت دائماً أساساً للمسئولية وعلى الاخص في العصر الحاضر الذي نفخت فيه الاشتراكية الملائمة من روحها

ب (ذكرت المادة ٢١٣ التقصير والاهمال والطيش وعدم الملاحظة . وهذه صورة لشبه الجنحة^(٣) ولم تذكر معلقاً الجنحة المدنية . اذ ليس من المعقول ان من

(١) faute (٢) équité (٣) يراد بالجنحة المدنية ، كما سيأتي ذكر ذلك بعد .

البلبل غير المشروع الضار بالانسان ويكون قاعه قد تعدد احواله . وشبه الجنحة هو نفس المثل غير المشروع والشار ولكنه لا عمد فيه

يسأل بسبب تقصير واحمال وطيش من هم تحت رقابته ، لايسأل فيما اذا تمسك من هم تحت رقابته الاضرار بالغير

ج) لم يقرر الشارع بهذه المادة ٢١٣ مسئولية نفس الشخص عن جنحه هو ولا عن أشباه جنحه هو أيضا. وكان يجب عليه انه ما دام قد قرر مسئولية بالمادة ٢١٢ من جرائم الجنائية ان يقرر بالمادة ٢١٣ مسئولية عن جرائمه المدنية أى الجنح المدنية وأشباه الجنح. ولكنه لم يفعل ذلك وربما خاف التبرير السقيم جدا الذى جعله قابلا للمادة ٢١٣ ، لانه يظهر أنه أراد تقرير ذلك ولكن جاءت العبارة الاخيرة من المادة ، وهى (أوعن عدم ملاحظته اياهم) ذاهبة بفرضه . والنص الفرنسى للمادة ٢١٣ المذكورة أوضح فى بيان عيوب هذه المادة وشوائبها الشكلية والجوهرية فراجعته فى مكانه

وكان الاجدر بالشارع ان يقول بان الانسان يسأل عن تقصيره هو واحماله وطيشه ويسأل أيضا عن نتائج عدم ملاحظة من هم تحت رعايته . ولكنه لم يفعل بل ساق الجدل بعضا مع البعض بحيث تنصرف جميعها الى أنه مسئول فقط عن أعمال غيره . وأما أعماله هو فلا يسأل فيها الا عن عدم الملاحظة فقط . وهذا قصص معيب كما لا يخفى

د) بدأت المادة ٢١٣ بمادة « وكذلك »^(١) وهى تشتمل على اتصالها بالمادة ٢١٢ للتقدمة عليها بأن لا مسئولية معلما على الشخص فيما اذا وقع الحادث بمعرفة من هم تحت رعايته وكانو غير مدركين لما يملكونه^(٢) وهذا لا يقبل العقل . لاننا فرض من مسئولية من وكل اليه أمر المدنية بشخص هو تقرير جزاءه عند عدم القيام بمراقبة من فرض فيهم القانون قصصا فى الادراك كالتقصير والجبن والمعتوهين وغيرهم عن أشارات اليهم للمادة ٢١٣ . والتعروض ان الحادث يقع بسبب علم الادراك أو ضعفه وبسبب عدم الرقابة . وما شرعت الرقابة الا لاجل سد التقص فى الادراك القائم .

هـ) ويحتمل النص الفرنسى للمادة ٢١٣ معنيين . المعنى الاول هو ما جاء بالدرجة العربية هذه المادة . والثانى هو ان انسان يكون مسئولا عن خطئه هو

وامهاله ودعوته ، هذا من جهة . ثم يكون أيضا مسئولاً عن عدم قيامه برقابة من هم تحت ملاحظته . وربما كان هذا الوجه الثاني هو الأصح في تعيين غرض الشارع . لأن الشارع قرر بالمادة ٢١٢ مسئولية الشخص عن أعماله للعاقب عليها قانوناً ، فجاء وقرر بالمادة ٢١٣ مسئولية عن الأعمال غير العاقب عليها قانوناً وهي الجنح للاذنية واشباه الجنح .

٧٢٥ — (٤) هذه هي عيوب المادة ٢١٣ باعتبارها في ذاتها . وفي ربطها مع المادة ٢١٢ السابقة عليها نرى أن الشارع المختلط قد شوه المواد الفرنسية التي أراد أن يقلدها ويوجزها ، فشوها كثيراً . أما المواد الفرنسية فقد جاءت في مجموعها جيدة . إذ قررت المادة الأولى منها وهي ١٣٨٢ مسئولية الشخص عن عمله باعتباره جنحة مدنية . ثم قررت المادة ١٣٨٣ مسئولية عن شبه الجنحة . وجاءت المادة ١٣٨٤ وقررت مسئولية عن أعمال من هم تحت رقابته أو الأشياء الموجودة تحت يده . ثم بينت من هم هؤلاء الأشخاص للملاحظون والملاحظون فقررت أن للملاحظين هم الأب ، والأم عند وفاة الأب ، والمخدومون ^(١) وأصحاب الأعمال والاشغال ^(٢) والربوب ^(٣) وأرباب الصنائع ^(٤) وذكريت بأن للملاحظين هم القصر ^(٥) المقيمون مع آبائهم والمستخدمون ^(٦) وصبية المدارس ^(٧) وصبية الصانع ^(٨)

فأراد الشارع المختلط أن يدمج المواد الثلاث المذكورة ١٣٨٢ و ١٣٨٣ و ١٣٨٤ كلها في مادة واحدة وهي المادة ٢١٣ فجاءت هذه المادة وهي تفيض بهذه الشوائب التي يتناها

٧٢٦ — لذلك وجب بحق في تقرير نظرية المسئولية ضرورة الرجوع الى المواد الفرنسية فيما ذهب فيه القضاء واقعه الفرنسيان في تفسيرها ، باعتبار أن الشارع المصري لم يرد مخالفة الشارع الفرنسي في شيء انما رعى فقط الى مخالفته في الوضع دون المعنى والجوهر ^(٩)

(١) maîtres (٢) commettants (٣) instituteurs (٤) artisans (٥) mineur

(٦) préposés (٧) élèves (٨) apprentis (٩) دى مجلس ج ٤ ص ١١٨

٢٢٧ — هذا ولاجله الشارع الاهلى سنة ١٨٨٣ لم يشأ تحليد المختلط في هذا الوضع المشوب بل خالفه بعض المحقة فيه بما سنبينه بعد

(٥) قررت المادة ٢١٤ مسئولية السيد أو المخدم عن أفعال خدمته متى وقعت وهم يؤدون العمل له ، أى متى كان الضرر ولحقاً منهم في حالة تأدية وظائفهم ويلاحظ على هذه المادة أنها قد قطعت من المادة ١٣٨٤ الفرنسية التي جاءت جامعة شاملة (٦) ثم قررت المادة ٢١٥ وهي الأخيرة من مواد المسئولية مسئولية مالك الحيوان عن الضرر الناشئ عنه سواء أكان في حيازته أم لا وأخذت هذه المادة من المادة ١٣٨٥ الفرنسية التي جاءت أهم منها ، إذ قررت مسئولية المالك حتى لو كان الحيوان في حيازة الغير . وهو ما لم تقل به المادة المختلطة وكان يجب أن تقول به

(٧) قررت المادة الأخيرة ١٣٨٦ الفرنسية مسئولية المالك للبيان^(١) إذا تسبب عنها ضرر ناشئ عن تهمها^(٢) فيما إذا كان هذا التهم ناتجاً عن علم العناية بها^(٣) أو عن عيب في تشييد المارة^(٤) ولم نرأ أنه المادة بالتشريع المختلط ، ولا نعرف المحكمة في عدم نقلها بالمقانون المختلط . كما أننا لم نعرف المحكمة لهذا الشارع التعب في كونه لم ينقل بشرطه أيضاً هذه الجلة الأخيرة الواردة بالفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ فرنسي وهي الفقرة الأولى الخاصة بمسئولية الشخص : عن الاشياء الموجودة تحت يده^(٥) وهذه الفقرة أهمية كبرى وصلة عظيمة بالمادة ١٣٨٦ فيما يتعلق بنظرية المسئولية الشئنية^(٦) لأن المادة ١٣٨٤ قررت مسئولية المار للأشياء : بوجه علم ولم تبح حق إقامة الدال على عدم امكان منع الضرر كما أباحت هذا الحق بالنسبة للآباء والمربين فقط أى أنها لم تبح إقامة الدليل على انقضاء التقصير بالنسبة للملكي الاشياء أو الحائزين لها وبالنسبة للمخدومين وأرباب الاثقال . وهذا موطن صالح جداً لاثبات نظرية المسئولية الشئنية كما ذهب اليه الاستاذ جوسران^(٧) وكذلك المادة ١٣٨٦ فإنها قررت مسئولية المالك للبيان عند التهم الناشئ عن عدم الصيانة وعن عيب لاصق بنفس المارة . ولم تبح هي الأخرى إقامة الدليل على انقضاء التقصير

(١) bâtiment (٢) ruine (٣) défaut d'entretien (٤) vice de construction (٥) responsabilité objective (٦) des choses que l'on a sous sa garde (٧) Josseland

في حالة الميب اللاصق بالمعارة (لأن المسؤولية في حالة عدم الصيانة لا يؤخذ بها الا عند عدم الصيانة . فاذا ثبتت الصيانة فلا مسؤولية طبعاً) . وهذه أيضاً بيئة أخرى صالحة لاثبات نظرية المسؤولية الشئسية أو نظرية مخاطر الشئ لان المالك مسئول ازاء المئجي عليه حتى ولو كان اخطأ آتياً من الغير كالمهندس واضع التصميم ^(١) . وقد ذهب بعض الشارحين الى القول بان هذه المادة لم ترد على سبيل المحصر في تقرير المسؤولية بالنسبة للمباني بل جاءت على سبيل التمثيل بالنسبة لجميع الاشياء وذلك استناداً الى التعميم الوارد بالمعارة الاخيرة من الفقرة الاولى من المادة ١٣٨٤ الخاصة بالاشياء فاذا كانت المادة ١٣٨٤ والمادة ١٣٨٦ افرسيتان هما على تلك الاهمية الكبرى في علم التشريع والتفسير القضائي والفقهى فكيف جاز حينئذ لواضع القانون المختلط وهو المحامي الفرنسي المشهور « مونورى » ان يغفل ذكرهما بينما « لاييه » ^(٢) المعلق الشهير على الاحكام كان قد بدأ فعلاً الاقضية في الكتابة على المسؤولية بمجلة سبرى ^(٣) الدورية ؟ كيف يغفل أمرهما ومكانهما كما رأينا في عالم القانون ؟ كل ما نستطيع أن نقوله في هذا الشأن كما لا حظناه أكثر من مرة في التشريع المصرى من سنة ١٨٧٥ الى سنة ١٨٨٣ تقريباً ان المشرع المصرى يعنى بالتقليد الى حد أن ينسى أصول التقليد ومبادئه . لذا فميد القول بأننا سنجد دعامة الشرح في هذه النظرية ما أقامه علماء الناذن في الوقت الحاضر من صروح النقد الحار واشباع المبادئ القانونية بروح لا تنجمد على نص صامت بل تشاد فوق أصول لحمتها الضرورات الاجتماعية وسداها العدالة كما أشار الى ذلك بحق دى هلمس ^(٤)

٢ - التشريع الاهلى

٧٢٨ — أما وقد اتبهينا من التشريع المختلط فيما يتعلق بالمسؤولية فنأتى الآن على بيان موجز أيضاً للتشريع الاهلى . قد عني بوضع القوانين الاهلية القاضى الابطالى موريوندو ^(٥) (ن ١٢) بأن نسخ القوانين المختلطة وعدل فيها بالرجوع الى الملاحظات الآتية :

(١) risque (٢) Labbé (٣) Sirey (٤) ج ٤ ص ٢٨٨

(٥) Moriondo

(١) انه جعل المادة أحياناً تشمل المادتين في القانون المختلط
(٢) لاحظ ما أتجه العمل القضائي من سنة ١٨٧٥ الى سنة ١٨٨٣ وهي سنة
وضع القوانين الاهلية

(٣) انه خالف في كثير من نصوصه القانون المختلط

٧٢٩ — والذي يهتأ من ذلك كله الآن هو ما جاء في المواد الخاصة بنظرية
المسئولية. وقد فعل الشارع الاهلي خيراً حيث خالف الشارع المختلط في وضع المادتين
٢١٢ و ٢١٣ : ذلك لانه أدرك أن عبارة هاتين المادتين جاءت مشوهة تشويهاً غريباً
ذهب بالاصول القانونية. المرجوة لذا أخذ الشارع الاهلي يعالجها وقد أحسن الاختيار
في طريق العلاج حيث انه نقل المادة ١٣٨٢ الفرنسية الهامة فقلّ وجعلها الفقرة الاولى
من المادة ١٥١ من القانون المدني الاهلي. ونصها ما يأتي بالحاشية طبقاً للاصل المصري
الفرنسي العبارة ^(١) ثم ورد هذا النص بالنسخة العربية المصرية الاهلية ما يأتي:
« كل فعل نشأ عنه ضرر للغير يوجب ملزومية فاعله بتعويض انضرر » ومن
مقارنة الصين بعضها مع البعض نرى أن بالنص العربي نقصاً يكاد يذهب بركن
أساسي قديم معروف في علم نظرية المسئولية وهو ركن التقصير أو الخطأ ^(٢) الذي كان
دائماً حتى قبل العهد الاخير الدعامة التي ترتكز اليها نظرية المسئولية. لان
كلمة التقصير أو الخطأ وردت بالنسخة الفرنسية فأغلبها المترجم اغمالاً جعل النص
محلاً للاخذ والرد بما يتعلق بنظرية استعمال الحق والاعتساف في استعمال الحق ^(٣) والمسئولية
الشئئية. واذا أخذ النص العربي على ظاهره كان هادماً لأبسط المبادئ القانونية،
لان الحياة في كل عصر وفي كل بيئة عبارة عن مصارعة ومزاولة بين الاشخاص :
هي كسب لفريق وخسارة على فريق آخر. وأكبر مظهر لاستغلال الحقوق هو تحصيل
منفعة، ويستحيل أن يحصل تحصيل المنفعة دون الحاق نقص بالموال الغير. والمعاملات
بين الناس تشاد فيما بينهم في الاخذ بأكثر من الاعطاء، فإذا كان كذلك وأخذت

* Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, (١)
faute (٢): oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.
abus du droit. (٣)

المادة الاهلية العربية على ظاهرها تربت عليه استحالة مادية في عالم الحياة اذ يكفي إقامة الدليل على حصول الضرر فقط دون اثبات التقصير أو الخطأ لاجل أن يحكم للغير بالتعويض المطلوب . ذلك هو المستفاد من النص العربي للمادة ١٥١ وهو ما لم يرد به الشارع طبعاً . لذا وجب وضع النص العربي بطريقة تنفق تماماً مع النسخة الفرنسية بأن تضاف عبارة « بسبب خطئه » بعد كلمة « فاعله »

أما الفقرة الثانية من المادة ١٥١ فهي نفس المادة ٢١٣ مدني مختلط حرفاً بحرف . وما ذكرناه بشأن الصيغ الوضعية للمادة ٢١٣ مختلط يمكن أن يقال به هنا فلا حاجة لتكراره . وكان يجب على الشارع الاهلي اذا أراد أن يجعل فقرتي المادة ١٥١ مناسكتين ومتلازمتين في فائدة معان منسجمة ، أن يذكر بالفقرة الاولى ما يشير أيضاً الى اشباه الجرح الخاصة بطل الانسان نفسه كالاھل والطيش وهما المنار الیہما بالمادة ١٣٨٣ الفرنسية . ولكن نسلرع الى ملاحظة أن الشارحين لاحظوا أن المادة ١٣٨٣ إنما جاءت تكملاً للمادة ١٣٨٢ باعتبار أن هذه المادة الاخيرة تؤدي المعنى الذي قالت به المادة ١٣٨٣ باعتبار أن التقصير يكون إما ايجابياً أو سلبياً . ومع وجاهة هذه الملاحظة ايضاً فان وضع المادة ١٥١ فقرتيها يعتبر مع ذلك غير وجيه لانه كان يجب ذكر عبوة الاهل والطيش بالفقرة الاولى ، وجعل عبارة عدم الملاحظة بالفقرة الثانية حتى تكون الفقرة الاولى شاملة للتقصير الايجابي والسلي ، من طريق التبيين ، وحتى تكون الفقرة الثانية قاصرة فقط على عدم الملاحظة مع الاحالة على الفقرة السابقة عليها . أو أن الشارع الاهلي يحذف عبارة الاهل والطيش من المادة ١٥١ باعتبار أن كلمة للتقصير (أو الخطأ) الواردة بالفقرة الاولى تنصرف الى التقصير أو الخطأ الايجابي والسلي معاً ، لانه عند علم التبيين في التقصير ينصرف المعنى الى التعميم .

هذا التشويه وقع فيه الشارع الاهلي وسببه التشريع المختلط الذي كان موضوعاً

بين يديه

٧٣٠ — وكان على واضعي القانون الاهلي والمختلط أن يلاحظوا ما لاحظته

شراح القانون الفرنسي على المادة ١٣٨٢ فلا يمان فيما وقع فيه الشارع الفرنسي من

١٨٠٤ اذ لوحظ على المادة ١٣٨٢ في قولها «كل نمل ماء»^(١) ان كلمة «ماء»^(٢) غير صحيحة بجانب كلمة التصير^(٣) لانه ليس كل عمل^(٤) يعتبر ملزماً بالتعويض انما هو العمل التصيري أو الخطأ^(٥) هذا مع ملاحظة أن أنصار نظرية المسؤولية الشئبة يرون في كلمة التصير أو الخطأ الواردة بالمادة ١٣٨٢ الفرنسية أنها لم ترد من طريق التعمين والتحديد للعمل الضار في ذاته . انما جاءت فقط من طريق الايضاح له والافصاح عنه ، باعتبار أن العمل الضار يعتبر في ذاته مصدراً للالتزام بالمسؤولية بصرف النظر عما اذا كان قد شابه تصير أم لا . ويكون السوغ القانوني حينئذ المسؤولية هو قلعة الغرم بالنعم لا التصير . مع ملاحظة أن ذلك لا يعارض مع حق استغلال المحقوق والمزاخمة في مجال الحياة باعتبار أن للمسؤولية الشئبة مجالاً للعمل غير مجال الانتفاع بالمحقوق وتصريف هذه في وجوها المشروعة كما سيأتي بعد

٧٣١ — ولم يقرر الشارع الاهلي ما قرره المادة ٢١٢ مختلط من حيث عدم المسؤولية عند عدم ادراك التسبب في الضرر . ولكن يظهر أن عدم قله لهذه العبارة ليس معناه تخلية الشارع المختلط فيما قرره لان القضاء المصري جري على هذا الاعتبار . ولكن الذي نقول به نحن أن اغفال هذه العبارة في النص الاصل يفتح محلاً للاخذ بالنظرية التي قررها القانون الالماني وهي المائلة بان الاصل عدم الحكم بالتعويض وانه يجوز الحكم بتعويض اذا اقضت العدالة ذلك . وعلى ما في هذا القول من الوجاهة من حيث العدالة فلن تركه من غير قواعد أساسية يثير الاختلاف في الاحكام ويمجر الى التضارب في الآراء

وقد نقل الشارع الاهلي المادتين ٢١٤ و ٢١٥ مدني مختلط حرفاً بحرف وصاغها بالمادتين ١٥٢ و ١٥٣ مدني أهلي

هذه هي الملاحظات التي يمكن ابدائها على التشريع الاهلي والمختلط من طريق المقارنة مع التشريع الفرنسي . وسنرى فيما بعد أنه يجب في شرح نظرية المسؤولية الرجوع الى القانون الفرنسي وقضائه وقصه ، وانه يجب على كل حال اعتبار العدالة في هذه النظرية أساساً لها

مسئولية الاشخاص الفردية

مسئولية الفرد عن أعماله هو

(١) متى يعتبر الانسان مسئولاً ومتى لا يعتبر كذلك ؟

٧٣٢ — الأصل في الانسان حرية العمل والتصرف . والحرية هذه مقيدة بقيود تشريعية أو قانونية قررتها طبيعة الحياة . وطالما ان عمل المرء يقع ضمن حدود حقه مع مراعاة ما يحظره الشارع أو ما تمليه طبيعة الحياة فهو غير مسئول عما يترتب عن عمله من ضرر للغير لذا يمكن القول بحق أن محل مسؤولية الشخص يرتبط بعمل يصدر منه ولا يبيحه القانون بالمعنى العام . ومسئوليته هذه اما جنائية بحتة وهذا يتعلق بقانون العقوبات واما مدنية صرفة وهذا ما تقتصر هنا على الكلام عليه

والعمل (١) الحادث للضرر والمكون للمسئولية يسمى جنحة (٢) مدنية أو شبه جنحة مدنية (٣) وتقع الجنحة هذه بشكائها بواسطة ما يسمى بالتقصير أو الخطأ (٤) وهو المظهر النفساني للجنحة في ذاتها . وعلى كل حال فالمسئولية المدنية التي تنشأ عن الجنحة الحاصلة بالتقصير تسمى بالمسئولية التقصيرية أو المسئولية عن الخطأ (٥) . أي التي يكون أساسها التقصير أو الخطأ من جانب المسئول

وعلى ذلك يرى أن المسئولية تضيمن درس مسائل عديدة : الجنحة وشبه الجنحة التقصير أو الخطأ والتعويض وأركانها . ومما تجب ملاحظته يرتبط هذه المسائل بعضها مع البعض ربطاً محكماً تنشأ عنه المسئولية . ومن أهم نتائج المسئولية « التعويض »

والمادة الوحيدة التي تعتبر أساساً للمسئولية ودعامة لها هي المادة ١٥١ مدني أهلي فخرتها الأولى القابلة للمادة ١٣٨٢ مدني فرنسي ولم تبين هذه المادة المقصود من كلمة بالتقصير أو الخطأ (٦) وهي الكلمة التي أثارت حولها ما أثارت من مخلف الآراء وتعدد المذاهب . وكل ما قرره المادة ١٥١ المذكورة هو التعويض وكما يكون التقصير عن

عمل إيجابى ^(١) يكون أيضا عن عمل سلبى أى امتناع عن اجراء عمل ^(٢) فاذا جرح شخص شخصا آخر الزم بالتعويض للجنحة الايجابية . واذا امتنع الطبيب عن عمل العملية الجراحية المتفق عليها وترتب على امتناعه ضرر للمريض تحتم عليه تعويض هذا الضرر . فالعبرة حينئذ بالضرر الواقع سواء أكل سببه ايجابيا أم سلبيا

(٢) فى الجنحة المدنية وشبه الجنحة المدنية ^(٣)

٧٣٣ — وردت المواد الفرنسية ١٣٨٢ - ١٣٨٦ تحت عنوان المنح وأشباه المنح . ووردت هذه الكليات بالمواد ١٣١٠ و ١٣٧٠ الفرنسية دون أن يبين المشرع الفرنسى ما هى الجنحة وما هو شبه الجنحة . ولمفهوم أن الشارع الفرنسى رجع فى التعريف الى بوتيه ^(٤) فالجنحة المدنية هى العمل الذى يجريه شخص ويؤذى به آخر متعمداً فى ذلك الاضرار به ^(٥) وشبه الجنحة هو قس العمل الضار دون تعمد فيه . فالفرق بين الاثنين يرجع للتعمد وعدمه . أى الفرق نفسانى : اذ فى الجنحة لا بد من نية الاضرار ^(٦) وأما فى شبه الجنحة فيكفى الاهمال والطيش . وهذا ما قرره القضاء فى الوقت الحاضر أيضا ^(٧)

هذا من الوجهة النظرية . وأما من الوجهة العملية فانه لا بد من التعويض مادام قد ثبت الضرر بالشروط القانونية . فالتعويض محتم فى الجنحة وشبه الجنحة . ويرجع فى تقديره الى مبلغ الضرر وأما النية فلا تأثير لها فى التقدير لأن مشروعية التعويض اصلاح ما وقع من الضرر لا توقيع عقوبة على المقصر . ولذا رأى القاتون الالمانى الأخير أن يدمج النوعين ضمن الاعمال المشروعة ^(٨) (المادة ٨٢٣ وما بعدها)

٧٣٤ — الا أنه يلاحظ ان النية فى الاضرار المدنية لها بعض الاثر فى بعض الاحوال . وذلك فى أحوال حوادث العمل ^(٩) فاذا وقع الضرر بالعامل بأن تعمد هو

(١) fait actif أى (commission) culpa in committendo (٢) abstention أو (3) (commission) culpa in omittendo كابتان من ٣٦٠ والملمش ١ . - بلاتول ج ٢ من ٢٥٧ ن ٨١٤ وما بعدها (٤) Pothier (٥) par dol et malignité (٦) animus nocendi (٧) كولين مع كاتان ج ٢ الطبعة الثامنة سنة ١٩٢٠ من ٣٩١ . - فى مجلس ج ٤ من ١٢ ن ١١ . - بلاتول ج ٢ الطبعة الثامنة سنة ١٩٢١ من ٢٦١ ن ٨١٦ (٨) actes illicites (٩) accidents de travail

لإلحاق الضرر بنفسه فلا حق له في التعويض . وإذا تعدد البطل إلحاق الضرر بالعمال جاز الحكم بتعويض أكثر . ويلحق بالعمد التقدير أو الخطأ الذي لا يمكن التسامح فيه والتجاوز عنه ^(١) - كذلك في حالة التأمين على الحياة فإنه يجوز التأمين على التقدير الذي يقع من الشخص نفسه دون عمد ^(٢) ولكن لا يجوز مطلقاً التأمين عن التقدير بعمد أى التأمين على النش والدليس ^(٣)

٣) في الجنحة المدنية والجنحة الجنائية

٧٣٥ — يراد بالجنحة الجنائية العمل المماقب عليه قانوناً ويعبر في هذه الحالة عن الجنحة ^(٤) بأنها أيضاً جرم ^(٥) أما الجنحة المدنية فهي كل تقصير أو خطأ للإنسان ترتب عليه إلحاق الضرر بالغير ^(٦) والمؤاخذه فيها مدنية صرفة . وعلى ذلك يمكن التفرقة بين الجنحة الجنائية والجنحة المدنية بالفروق الآتية :

١) الجنحة الجنائية يعاقب عليها القانون بقوبة ^(٧) في مصلحة المجموع أى هي ارتباط بين التهم والمجموع . وأما الجنحة المدنية فلأخذة فيها مدنية صرفة : أى ان الرابطة فيها قائمة بين فرد وفرد ، أو بعبارة أخرى بين مركزين ماليين ^(٨) لان الغرض منها اصلاح ضرر واقع

٢) والجنح الجنائية معينة ومحصورة فلا يجوز توقيع العقوبة عن عمل لم ينص عليه القانون ^(٩) وأما الجنح المدنية فهي غير معدودة وغير معينة لان كل عمل مما كان متى تسبب عنه ضرر للغير بناء على تقصير أو خطأ يصبح مصدراً لالزام الفاعل بالتعويض (راجع المادة ١٥١قرة أولى مدنى أهلى المقابلة للمادة ١٣٨٢ فرنسى)

٣) ليس من الضروري دائماً أن تعتبر الجنح الجنائية أو الجرائم الجنائية جنحاً مدنية . لان من بين الجرائم الجنائية ما لا ينشأ عنه ضرر لما للغير مثل السرقة الخفية والتسول والشروع في قتل لم يتم — مع انه يمكن المطالبة بتعويض نظير الضرر الادبي وأحياناً المادى — لان المقصود من الجزاء هنا هو توقيع عقوبة جنائية ^(١٠) لا مجرمة .

délit (١) dol (٢) faute non intentionnelle (٣) faute inexcusable (٤)
toute faute quelconque de l'homme causant un dommage (٥) infraction (٦)
dommage pour une lésion (٧) deux patrimoines (٨) peine (٩) à autrui
condamnation pénale (١٠)

الحكم بتعويض مدني^(١) حيثان الجزاء الجنائي ملحوظ فيه الصلحة العامة وأما الجزء المدني فللصلحة الفردية الشخصية فيه هي الممول عليها دون غيرها^(٢)

٤) في تأثير القانون الجنائي على القانون المدني

٧٣٦ — الجنحة المدنية إما ان تكون جنائية في آن واحد ، وإما لا . فإذا كانت مدنية صرفة ولم تعلها المسحة الجنائية وجب تطبيق القانون المدني بجميع أحكامه ومختلف أشكاله . وأما اذا كانت مدنية وجنائية معا فلها أحكام خاصة في هذه الحالة وهذه الأحكام الخاصة هي أثر من آثار القيود الجنائية . وذلك :

٧٣٧ — (١) في سقوط الدعوى المدنية عند سقوط الدعوى الجنائية : من المقرر في قانون تحقيق الجنايات أن الدعوى العمومية تسقط بمدد مختلفة عنها القانون تبعا لما اذا كانت الدعوى مخالفة أو جنحة أو جناية . فالمخالفة تسقط بمضي ستة أشهر والجنحة بثلاث سنوات والجناية بعشر سنوات (المادة ٢٧٩ / ٢٢ تحقيق جنايات)

وما القول بشأن الدعوى المدنية المتدخلة بالدعوى الجنائية قبل تسقط دعوى المطالبة بتعويض مدني عن عمل جنائي بنفس المدد للمعينة لسقوط الدعوى الجنائية اختصاصا بالعمل الجنائي نظرا لهذه العلاقة القائمة بين الدعويين تلك العلاقة التي تربطهما ارتباطا يدور معهما وجودا وعدما ، أم ان الدعوى المدنية تستقل في بقائها وزوالها عن الدعوى الجنائية ، فإذا زالت هذه الأخيرة بالمدد القصيرة المقررة لها يتأون تحقيق الجنايات فإن الأخرى وقد علتها المسحة المدنية فلا تسقط إلا بالمدد المقررة لسقوط الدعوى المدنية الصرفة وهي ١٥ سنة طبقا لما قرره القانون المدني (المادة ٢٠٨ / ٢٧٢ مدني) ؟

(١) condamnation pécuniaire (٢) كلبان من ٣٦٢-٣٦٣ . - لا ينول من ٢٥٢
 ٨١٨ وما بعدها . وفيما يتعلق بتصرف اللجنة في الأزمات السابقة انظر لا ينول من ٢٦٢-٢٦١
 ولا تتميز اللجنة غير مشروعة لأنها صادرة فقط من غير مشروعة لأنها لا
 ولا القرار نتيجة لها . - انظر مثالا Saleille في الالتزامات من ٣٦١ ن ٣٠٠ . - انظر للجنة
 ٩٠ من القانون السويسري والمادة ٨٢٣ من القانون الألماني التي لا تفرق بين
 من ٢٨٠ وما بعدها

هناك رأيان : رأى يقول بوجه النظر الاولى ، ورأى يقول بوجه النظر الثانية ، ولكل منهما أدلة قانونية ومسوغات علمية

٧٣٨ - رأى الأول . تسقط الدعوى المدنية بسقوط الدعوى الجنائية :

يقول بهذا رأى القانون الفرنسى اذ نصت المادة ٦٣٧ وما بعدها من قانون تحقيق الجنايات على سقوط الدعوى العمومية مع الدعوى المدنية بمدد واحدة ، أى جمعت بين الدعويين فى السقوط بمدد واحدة وهذه المواد الفرنسية قاطعة فى ذلك . أما القانون المصرى فإنه لم ينقل هذه المواد الفرنسية بل قرر بالمادة ٢٧٩/٢٢ تحقيق جنايات بأن الدعوى الجنائية تسقط بمضى ستة شهور اذا كانت مخالفة وبمضى ثلاث سنوات اذا كانت جنحة وبمضى عشر سنوات اذا كانت جناية . ولم تشر هذه المادة الى الدعوى المدنية المتفرعة عن الدعوى الجنائية . فهل يستمد من هذا السكوت ان الشارع للمصرى يريد الاخذ بما قرره الشارع الفرنسى ، أم أراد بهذا السكوت أن يرجع فى سقوط الدعوى المدنية الى القاعدة العامة المقررة بالمادة ٢٠٨/٢٧٢ مدنى القائلة بسقوط الحقوق على اختلاف أنواعها بمضى مدة ١٥ سنة ؟

انقسم القضاء المصرى على قسمة بشأن اعتناق هذا المذهب فتضى بعض الاحكام بالاخذ بالنظرية الفرنسية . وقضى البعض الآخر بالرأى الثانى

أخذ القضاء للمصرى فى أول عهده بمحاول التوفيق بين المادتين ١٧١ و ٢٥٥ من قانون تحقيق الجنايات القديم الذى كان معمولاً به قبل سنة ١٩٠٤ وهما المادتان القابلان للمادتين ١٧٢ و ٢٨٢ من قانون تحقيق الجنايات الجديد الصادر فى سنة ١٩٠٤^(١) ثم قرر الاخذ بالمذهب الفرنسى ، وأخذت به محكمة النقض والابرار المصرية^(٢) وقالت فى أسباب حكمها : . . . حيث أن الطالب لما اختار للحصول على طلباته التالية أن يسير بها فى الطريق الجنائى قدرضى لدعواه المدنية بما يلحق الدعوى الجنائية التى تبعها ، وقضى المحكمة الجنائية ملزم بالحكم بالقوانين الجنائية كما فعل لا

(١) محكمة استئناف حكم استئنافى ٣ يابو سنة ١٩٠١ م ر ٢٠١ ص ١٨٢ (٢) ٩ نوفمبر سنة ١٩٠١ م ر ٣٠١ ص ٢١٠ رقم ٧٩

بالتوازيين المدنية » وهذا تعليل مبتور من جانب محكمة التقض لا يقنع في الاخذ بهذا المذهب .

ولكن القضاء الاهلي لم يشأ الاصرار على الاخذ بهذا الرأي في أحكامه الاخرى ، بل أخذ بالمذهب الثاني كما سبق للقضاء المختلط أن أخذ به كما سنبين ذلك بعد

وبناء على هذا المذهب الفرنسي المؤيد بالمهد الاول للقضاء المصري الاهلي تسقط الدعوى المدنية بسقوط الدعوى الجنائية . فالقاتل عمداً لا يعاقب اذا مضت عشر سنوات على واقعة القتل من تاريخ وقوعها . وكذلك لا يطالب بتعويض بشأن هذه الواقعة مع أن الدعوى المدنية الصرفة لا تسقط الا بمضي ١٥ سنة (المادة ٢٠٨/٢٧٢ مدني) وكذلك اذا وقب جنحة سرقة وظل السارق في مأمن عن العقوبة ثلاث سنوات فلا يجوز مطالبته بتعويض بعد مضي هذه المدة (المادة ٢٨١/٢٧٦ تحقيق جنابات) اليس بغريب أن غير السارق يفضل مهدداً بالمطالبة ١٥ سنة ، وأن السارق ، المرتكب لعمل جنائي يعاقب عليه قانون العقوبات لا يهدد الا مدة ثلاث سنوات فقط ؟ اليس الاجدر بالحماية في تقصير أجل التهديد هو غير السارق ، وأن الذي يجب التشدد معه هو السارق ؟ لا محل للفرابة اذا لاحظنا المصلحة العامة . لانه مما يؤذى المجرع أن السارق المفي من العقوبة بعد ثلاث سنين يحكم عليه بتعويض نظير العمل الجنائي الذي أصبح غير مسئول عنه للمرة . ذلك لان بعض المدة الجنائية لا يجوز مطلقا محاسبته عن هذا العمل . لانه اذا كانت الملاحظة السابقة موضعاً للفرابة فيكون من الاعرب الحكم على شخص بتعويض عن عمل أصبح لا يه قب عليه . وما على المجنى عليه الا أن يحاسب نفسه في انه لم يمارع الى المطالبة بمحقة في ظرف مدة التقادم الجنائي ليكون بذلك أحياناً معواناً للنيابة في مطاردة المتهم تنزعاً لمواقبته جانياً

ولكن لا يفوتنا هنا أمر هام جداً وهو أن التقادم الجنائي لا ينصب فقط الا على التعويض الناشئ عن الجريمة المعاقب عليها . وأما الحقوق الاخرى التي ترتبت للمجنى عليه ترتباً مدنيا صرفاً ، مع أن هذه الحقوق متصلة بالجنحة الجنائية ، فاتها لا تتأثر مطلقاً بالمؤثرات الجنائية . ففي حالة السرقة لا يجوز مطالبة السارق بعد ثلاث

سنوات بتعويض نظير السرقة . ولكن يجوز مطالبة بالشيء المرسوق في ظرف ٥ سنوات . لان السرقة بتحليلها تشمل عمليتين : عمل جنائي وعمل مدني . فالجنائي هو السرقة أى اختلاس مال الغير . وأما للمدني فهو أخذ الشيء في ذاته للمالك للغير . فلا اختلاس يعاقب عليه قانون العقوبات . وأما مجرد أخذ الشيء فيؤخذ عليه القانون المدني الصرف . وعلى ذلك يفل السارق مهدياً بدعوى رد المرسوق مدة ١٥ سنة ويظل مهدياً بالتعويض الناشئ عن الاختلاس ٣ سنوات والا لو قيل بأن دعوى استرداد المرسوق تسقط هي الاخرى بمضي ٣ سنوات لترتب على ذلك تسوية حالة المقتصب غير السارق بالنسبة للمقتصب السارق اذ تسقط دعوى المطالبة بالمرسوق قبل السارق بمدة ٣ سنوات بينما لا تسقط عن غير السارق الا بمدة ١٥ سنة : وهذا لا يقبله المنطق في القانون .

٧٣٩ - الرأي الثاني : لا تسقط الدعوى المدنية بسقوط الدعوى الجنائية :

يقول هذا الرأي باستقلال الدعوى المدنية عن الدعوى الجنائية وانما تسقط بمضي ١٥ سنة طبقاً للقانون المدني (المادة ٢٧٢ / ٢٠٨ مدني ١) . وهذا الرأي هو ما أخذ به القضاء المصري الاولي في هذه الاخير ، القضاء المختلط ، والفقهاء المصري . ولذا نفرد لكل منها كلمة

١ - القضاء المختلط : يرى القضاء المختلط ان المادة ٢٧٧ تحيق جنابات

مختلط قررت سقوط الدعوى الجنائية بمدد معينة ولم تشر . ملحقاً الى الدعوى المدنية . وعلى العكس من ذلك فان المادة الفرنسية ٦٣٧ تحيق جنابات قد انصحت عن سقوط الحق في الدتوين الجنائية والمدنية . وما دام الشارع المصري المختلط لم يقتل النص الفرنسي كما هو بل قصر السقوط على الدعوى الجنائية دون الدعوى المدنية ، فانه يستلزم من ذلك انه لم يرد البتة الاخذ بالملذهب الفرنسي بل جعل الدعوى المدنية خاضعة لاحكام القانون المدني الصرف . أى الدعوى المدنية لا تسقط الا بمضي مدة ١٥ سنة سواء كانت خاصة بتعويض ناشئ عن عمل جنائي أم كانت دعوى مدنية صرفة لم تطلبها المسحة الجنائية (١)

٢ - **انقضاء اللاهلي حتى عمره الثاني :** أخذ القضاء اللاهلي في هذا العهد الأخير بمالج التوفيق بين نصي للمادتين ١٧٢ و ٢٧٢ تحقيق جنابات بطريقة تخالف الطريقة التي عالج بها القضاء في عهد الأول (العهد الاول للزبد بمحكم ٣ يناير سنة ٩٠١ السابق ذكره ن ٣٣٨) ذلك اني للمادة ١٧٢ تقرر بأنه « اذا كانت الواقعة غير ثابتة أو لا يصاق القانون عليها أو سقط الحق في اقامة الدعوى بها بمضى المدة الطويلة يحكم القاضي ببراءة اللهم ويجوز له أن يحكم أيضاً بالتعويضات التي يطلبها بعض الخصوم من بعض » ويستفاد من هذه المادة النتائج الآتية : أولاً . سقوط الدعوى الجنائية لا يجز مه سقوط الدعوى المدنية . أي اذا سقطت الدعوى الجنائية فالدعوى المدنية قائمة . ثانياً يجوز رفع الدعوى المدنية أمام القاضي الجنائي رغم سقوط الدعوى الجنائية . ثالثاً : يجوز للقاضي الجنائي الحكم في التعويض الذي يطلبه اللهم نفسه من المدعى اللدني ، أي أن اختصاص القاضي الجنائي مدنياً لا يقصر فيه على طلبات المدعى اللدني بل يتناول أيضاً طلبات اللهم المدنية قبل خصمه للمدعى اللدني وأما المادة ٢٨٢ تحقيق جنابات فقد قررت ما يأتي : « الدعوى بالتعويضات الناشئة عن جنابة أو جنحة أو مخالفة لا يجوز اقامتها بلحس المحاكم في اللواد الجنائية بعد اقصاء المدة المقررة لسقوط الحق في اقامة الدعوى العمومية » وظاهر هذه المادة يتناقض مع النتيجة الثانية للمادة السابقة ١٧٢ . إذ ينما تقرر المادة ١٧٢ جواز رفع الدعوى المدنية أمام المحكمة الجنائية لأجل المطالبة بتعويض رغم سقوط الدعوى الجنائية بمضى المدة ، فإن المادة ٢٨٢ تقرر عكس ذلك ولأجل التوفيق بين هذين النصين في هذا التناقض اتبع القضاء طرقاً مختلفة .

اذ يقول تلة بان المادة ١٧٢ عامة مطلقة في حالاتها الثلاث فجاءت المادة ٢٨٢ وقيدتها في حالة واحدة من حالاتها الثلاث . (حكم ٣ يناير سنة ٩٠٦ السابق ذكره) أي أن المادة ٢٨٢ استثناء للمادة ١٧٢ ^(١) وتلة يقول القضاء بأن الغرض من قول

(١) وعلى عكس ذلك على ذكر بك المراتي : تحقيق الجنابات ج ١ ص ٢٥٣ اذ يقول ان المادة ٢٨٢ هي الاصل ، والمادة ١٧٢ هي الاستثناء . - بنى سوف الجزئية في ٢ مايو سنة ٩٢٣ المحكمة في ٤ ص ٤٧ عدد ٤٠ (بان الدعوى المدنية لا تنظر جناباً بعد سقوط الدعوى الجنائية) - ان النص في ١٣ أبريل سنة ١٣٣٣ المحكمة ٤ ص ٤١٢ عدد ٧٤ (بان اذا حكم بعدم صحة التهمة فلا يجوز الحكم بتعويض)

الشارع في آخر المادة ١٧٢ « ويجوز له أن يحكم أيضاً بالتعويضات التي يطلبها بعض الخصوم من بعض » أنه يرمى الى التعويض الذي يطلبه المتهم من المدعى المدني قطعاً ، وان هذه العبارة لا يفهم منها أنها تتعلق أيضاً بطلب المدعى المدني ضد المتهم ، لان هذا الطلب ممنوع نظره بمقتضى المادة ٢٨٢^(١)

وبناء على هذا التفسير يعتبر القاضى الجنائى ممنوعاً من فطر الدعوى المدنية المرفوعة من المدعى المدني بعد سقوط الدعوى الجنائية . انما منعه من النظر لا يمنعه من الحكم بتعويض يطلبه المتهم نفسه من المدعى نفسه عند سقوط الدعوى الجنائية واذا كانت المادتان ١٧٢ و ٢٨٢ قد اتفقتا في المعاني اذ اتفقتا في بناء على هذا التفسير فقد استنتج منه القضاء نتيجة أخرى وهي أن المادة ٢٨٢ في حظرها رفع الدعوى المدنية أمام المحكمة الجنائية بعد سقوط الدعوى الجنائية انما أرادت بذلك عزل الدعوى المدنية عن الدعوى الجنائية واعتبار كل منهما مستقلة عن الأخرى من حيث السقوط . ويسندل هذا القضاء على رايه هذا بان الشارح المصري لم ينقل المواد ٦٣٧ وما بعدها تحقيق جنابات فرنسى ، وهى المواد التى قررت سقوط الدعوى الجنائية والمدنية بمدد واحدة مشتركة بين الاثنين^(٢) وأنه في وضعه للمادة ٢٨٢ تحقيق جنابات مصرى انما أراد بها تأكيد هذه الإرادة لديه ، بان فصل الدعوى المدنية عن الدعوى الجنائية بعد سقوط هذه الأخيرة ، لان تحويل الناضى الجنائى نظر الدعوى المدنية لا يأتى إلا من طريق البعينة ، ولا تبعية بين الاثنين إلا اذا وجد الأدل وهو الدعوى الجنائية فإذا زال زال معه ما يتبعه

٣ - الفقه المصرى : ذكر أغلب الفقه المصرى بعدم نقل الشارح المصري في مادته ٢٨٩ / ٢٢ تحقيق جنابات ، الخاصة بسقوط الدعوى الجنائية ، للمواد ٦٣٧ وما بعدها تحقيق جنابات فرنسى . لى يستنتج للفقه المصرى من عدم تشابه المواد المصرية مع نظيراتها الفرنسية ما يفيد رغبة الشارح المصرى عن الأخذ بما قرره

(١) محكمة النقض ٩ فبراير سنة ١٩٠٧ م ر ٨٠١ و ١٦٢ رقم ٧٤ (٢) طنطا الكلية ١٥ مايو سنة ١٩١٧ م ر ١٨٠١ و ١٦٨ رقم ٩٥ . - شين الكوم اول أغسطس سنة ١٩١٧ م ر ١٩٠١ و ١١ رقم ١٠ صدر من الدكتور عبد المتاح بك السيد

الشارع الفرنسي . وبما رغبه في الاخذ بما يخالف المذهب الفرنسي ما قاله بعض الشارحين الفرنسيين من عدم وجود مبرر للجمع بين الدعويين في حالة السقوط ومن أخذ أغلب الشرائع المصرية بما يخالف المذهب الفرنسي^(١) ولكن خالف دى هلس هذا الفقه المصري^(٢) ورأى ضرورة التفرقة في حالة التعويض بين التعويض الذى يرجع للجريمة من حيث هى ، وبين التعويض الذى يرجع الى شبهة الجنحة . فقال بان النوع الاول ينحصر للتقادم الجنائى^(٣) والثانى للتقادم المدنى^(٤) لأن الاول اصبح متصفاً بالتقادم العام لأنه لا يباح إثبات واقعة جنائية اصبحت غير معاقب عليها . وعلى ذلك يجوز للقاضى أن يدفع بالتقادم في هذه الحالة من تلقاء نفسه^(٥) هذا هو الشارح المصرى الوحيد الذى أيدنا في رأينا

٧٣٩ مكرر — وانهرغم وجاءة الرأي الثانى وما أيد به بعض الشرائع الاجنبية الحاضرة فان الرأي الاول لم يفقد مزاياه العملية من حيث مراعاة أن الدعوى المدنية المتعلقة بالدعوى الجنائية ليست ككل دعوى مدنية محضة أى أن الصلة التى ربطت الدعوى المدنية بالدعوى الجنائية صلة تجعل الدعوى المدنية محكومة في بعض مظاهرها العملية بقواعد انحصار بالاعمال الجنائية ، كل هذا في مصلحة النظام العام

٧٤٠ — ولكن هل يصح الاخذ بهذا المذهب الاول في القانون المصرى مع وجود النصوص ١٧٢ و ٢٨٢ و ٢٧٩ تحقيق جنابات مصرى ؟ ربما يجوز ذلك اذا فسرنا هذه النصوص مع اللواد ٦٣٧ وما بهما تحقيق جنابات فرنسى تفسيراً يذهب بقروق الظاهرة بينهما . بمعنى أن المادة ٢٨٢ تنصرف الى انها تعتبر مقيدة لما أطلقتها المادة ١٧٢^(٦) لأن هذه المادة الاخيرة امتازت في الحقيقة أولاً الى أن الحكم بالبراءة يجب أن يكون في الاحوال الثلاث التى ذكرتها . أى أن ذكرها لسقوط الدعوى المدنية اتماماً له لمناسبة تعداد أحوال البراءة . وهى هى نفس المادة

(١) جرائع لولان ج ٢ تحقيق جنابات ص ٢٢٨ - ٣٣٠ ن ١٢٤ - ١٢٦ . على ذلك بك للراى تحقيق الجنابات ج ١ ص ١٥١ - ١٥٣ . عبد الفتاح بك السيد بمحكمه أول امسطن سنة ١١٧٢ للشار اليه (٢) ج ٤ ص ٣٦ - ٣٧ ن ٦٥ - ٦٨ (٣) ج ٤ ص ٣٦ ن ٦٦ (٤) ص ٣٦ ن ٦٥ (٥) دى هلس ج ٤ ص ٣٧ ن ٦٧ (٦) حكم استيوط ٣ يناير سنة ١٩٠٦ المذكور

١٧١ القديمة. ووضعت المادة القديمة أخذاً عن المادة ١٩١ تحقيق جنابات فرنسية التي قررت بأن القاضي يحكم بالبراءة إذا تبين أن الواقعة لا تعتبر جنحة أو مخالفة ولكنه يحكم في التعويضات. ويلاحظ على هذه المادة الفرنسية بمقارنتها مع المادة ١٧٢ المصرية أنها لم تشر إلى حالة سقوط الدعوى الجنائية ولم تقل « بالتعويضات التي يطلبها بعض الخصوم من بعض » ولكن القوم أن البراءة محتمة عند سقوط الدعوى الجنائية. أما التعويضات المشار إليها في المادة الفرنسية. فقد فسرها شراح فرنسا بأنها التعويضات التي يطلبها المتهم من المدعى المدني بناء على ما وقع من هذا الأخير من الخطأ أو التقصير^(١) حتى في حالة سقوط الدعوى^(٢) وأبي الشارحون الفرنسيون أن تصرف عبارة التعويضات إلى التعويضات التي يطلبها المدعى المدني، بل قصرها فقط على ما يطلبه المتهم من المدعى المدني^(٣). ولما كانت المادة ٢١٢ تحقيق جنابات فرنسية التي تقول « بأنه في حالة البراءة استثنائياً يجوز الحكم في التعويضات » تعارض مع هذا الرأي الذي فسرت به المادة ٢٩١، فقد قرر الشارحون بأن عبارة المادة ٢١٢ جاءت خطأ فيما يتماق بالتعويضات التي يطلبها المدعى المدني. وحجتهم في ذلك كله أنه عند الحكم بالبراءة تصبح التعويضات مدنية صرفة ويجب أن تكون من اختصاص القضاء المدني^(٤) ومع كون الدعوى في هذه الحالة مدنية صرفة فإنها تسقط مع ذلك بالمواد المقررة لسقوط الدعوى الجنائية طبقاً للمواد ٦٣٧ و ٦٣٨ تحقيق جنابات فرنسية الصريحة في ذلك

هذا الرأي في تفسير المادتين ١٩١ و ٢١٢ فرنسي المبادتين للمادة ١٧٢ مصري يطابق تماماً حكم محكمة النقض المصري في ٩ فبراير سنة ٩٠٧ والذي اشرنا إليه

٧٤١ — إذا علم ذلك فإذا يكون تفسير المادة ٢٨٢ في غير ما قيدت به المادة ١٧٢؟ فهل قيد أن الحظر على المحكمة الجنائية في نظر الدعوى المدنية بسقوط الدعوى الجنائية، يجعل الدعوى المدنية خاضعة لاحكام القانون المدني في السقوط، أو أن معنى ذلك هو أن القضاء الجنائي يصبح غير مختص وينظر فيها لأنه لا ينظر الدعوى الجنائية

(١) انظر Postevin في التعليق على قانون تحقيق الجنابات الفرنسي سنة ١٩١١ ص ٨٦٨ و ٣٧
(٢) الكتاب للدكتور م ٨٦٨ ن ٤٠ (٣) الكتاب نفسه ص ٨٦٠ ن ٤٤ (٤) التبعة ٤٤
من الكتاب للدكتور

لسقوطها ولأن اختصاصه للدني إنما جاءه من طريق اختصاصه الجنائي للرابطة القانونية التي تربط الدعوى المدنية بالدعوى الجنائية ، ربما كنا أميل الى الاخذ بوجه النظر الثانية هذه ، تلك الوجهة التي جعلت المقام المصري يقول بحق بأن المادة ٢٨٢ تعتبر في هذه الحالة مادة عامة لا استثنائية للمادة ١٧٢^(١) ونظراً لآزوال الرابطة بين الدعويين من الوجهة الشكلية فقط أصبح القضاء الجنائي غير مختص بنظر الدعوى المدنية : قول بزوال الرابطة من الوجهة الشكلية ولم قل غير ذلك لان الصلة بين الدعويين من الوجهة الموضوعية ، أى من حيث الاعتبارات التكوينية للدعوى المدنية فإنها قائمة الى الابد لان الدعوى المدنية التي ترجع في أساسها الى عمل جنائي تصيب دائماً بهذه الصبغة الجنائية . فهي لا تتغير سواء طرحت أمام القضاء المدني أو القضاء الجنائي هذه المسألة الجنائية للدعوى المدنية هي بعينها التي جعلت الحق للدني حقاً مدنياً جنائياً . أى مدنياً في النتيجة ، وجنائياً في الحقيقة . ونظراً لهذه المسألة الجنائية رأينا الشارحون ضرورة اعتبار الحق للدني متصلاً بالنظام العام . أى أنه مما تأذى له الجماعة أن يظل التهم مسئولاً مدنياً عن العمل الجنائي بينما لا يسأل جنائياً عن هذا العمل الجنائي لسقوط الدعوى فيه بمضى المدة . على أنه لا يفتراً أن نلاحظ انه مع سقوط الدعوى الجنائية والدعوى المدنية أيضاً الخاصة بالمطالبة بالنويض المترتب عن العمل الجنائي باعتباره جنائياً محضاً ، فإن الحق للدني المتعلق بهذه المرة بالشيء المسروق أو المبرد مثلاً ، حق مدني صرف تسري عليه أحكام القانون للدني المحض من حيث السقوط وغيره . والا لامتناز المحرم عن اللغصب ، الامر الذي لا يقبله المدعي كما بينا ذلك في مكانه .

٧٤٢ - وأما عدم ذكر المادة ٢٧٩ تحقيق جنابات مصري للدعوى المدنية عند ذكر سقوط الدعوى الجنائية وعدم جري الشارع للمصري على ما قرره المواد ٦٣٧ و ٦٣٨ فرنسي من الجمع بين الدعويين في حالة السقوط ، فإنه لا يطل ذلك بأكثر من أن الشارع المصري أراد الاختزل في التعبير كما فعل أكثر من مرة في مواطن عدة أو أنه خشي من ذكر الدعوى المدنية بجانب سقوط الدعوى الجنائية

(١) على بك ذلك الرأي تحقيق الجنابات ج ١ ص ١٠٢

بالمادة ٢٧٩ أن يتسرب الخطأ إلى القارئ بين الدعوى المدنية الناشئة عن العمل الجنائي الصرف ، وهي التي تسقط بالمدة التي تسقط بها الدعوى الجنائية ، وبين الدعوى المدنية البحتة الخاصة بالمطالبة بالشيء المسرورق أو المبدد وهي التي تسقط بالمدة المقررة بسقوط الحقوق المدنية العادية أو هي ١٥ سنة .

(٢) يجوز رفع الدعوى المدنية ، وهي الخاصة بالمطالبة بالتعويض فقط نظير الأضرار التي أصابت المجنى عليه ، بطريق التبعية أمام المحكمة الجنائية المطروحة أمامها الدعوى الجنائية ، فيما إذا كانت الجنحة جنائية (المادة ٥٤ تحقيق جنابات) وفي هذه الحالة تنسحب على الدعوى المدنية جميع القيود الخاصة بقانون تحقيق الجنابات ، بمعنى أن للدعي بالحق المدني يجب أن يخضع للاوضاع الشكائية وغيرها للقررة فيه فيرفع استئنافه في الجرح في ظرف عشرة أيام من طريق التقرير بقلم كتاب المحكمة الجزئية . وكذلك الحال في حال المارضة أو التقص فإنه يخضع للقيود الجنائية أيضاً أي يجوز له رفع تقص فيما يتعلق بحقه في التعويض ، بخلاف ما إذا كان قد رفع دعواه مدنية أمام المحكمة المدنية فإنه يحرم من حق التقص . وهذه هي الحالة الوحيدة التي يجوز فيها التقص المدني . ولكن ما يجب التساؤل فيه هنا هو هل يجب على محكمة التقص أن تطبق القانون المدني في هذه الحالة ؟ أي هل يجوز لها أن تقضي بأن المحكمة الجنائية خالفت الأصول القانونية المدنية الصرفة أم لا ؟ فظن الإيجاب ، إلا إذا كان الحكم المطعون فيه بالتقص قد شابهت الأبحاث الموضوعية الخاصة بلوقائع حتى أخرجت البحث عن مجال القانون وجعله موضوعاً صرفاً (١)

ولكن مع ذلك يبقى لبعض القيود المدنية بعض الأثر وذلك فيما يتعلق بالنصاب في الاستئناف . فإذا طلب الدعي بالحق المدني أو المتهم تمويضا أقل من ٢٠ جنيتها م فلا يجوز لها رفع استئناف عنه

(٣) وإن كانت الواقعة المطروحة أمام المحكمة الجنائية لا يماثل عليها القانون جاز لها مع ذلك أن تحكم في دعوى التعويض وكذلك فيما إذا كانت الواقعة غير ثابتة أو سقطت بمضي المدة (١٧٢ / ١٧١ تحقيق جنابات و ١٤٧ تحقيق جنابات) وسواء

(١) انظر مع ذلك التقص لـ ٤ ديسمبر سنة ١٩٢٣ مجلة المحاماة سنة ٣ ص ٣٥٩ رقم ١٠٤

أكثر التعويض مطلوباً من المتهم أم مطلوباً من نفس المجني عليه . وأما ما ذهب إليه أخيراً بعض المحاكم من عدم جواز الحكم بتعويض في مثل هذه الأحوال فهو مجازفة في مخالفة النص الصريح^(١)

٤ () وإذا تعذر على المجني عليه الادعاء بحق مدني كأن حفظت النيابة الدعوى جازله مع ذلك رفع دعوى جنحة مباشرة يطلب فيها الحكم بتعويض ويلفت نظر النيابة الى طلب توقيع العقوبة من المحكمة (المادة ٥٢ / ٤١ تحقيق جنابات) وذلك باعتبار أن قرار المفظ ليس حجة على المجني عليه ، وهذا ما قرره النقض أخيراً بعد أن سار على تقيضه زمناً طويلاً . والذي يفهم من المادة أن العمل الذي يعتبر مصدره للالتزام الذي يجب أن تلوه للمسحة الجنائية ولو من طريق بعيد . بمعنى أنه إذا تبين أنه مدني محض وأنه بعيد بالرة تن أي نوع جنائي فلا يجوز مطلقاً نظر الدعوى أمام المحكمة الجنائية ، أي لا يجوز تطبيق المادة ١٧٢ / ١٧١ تحقيق جنابات ويجب الحكم بعدم الاختصاص . وفي هذه الحالة ترفع الدعوى أمام المحكمة المدنية فقط^(٢)

٥ () إذا اختار المجني عليه الطريق المدني أولاً فليس له بعد ذلك اختيار الطريق الجنائي (المادة ٢٣٩ / ٢٦٨ تحقيق جنابات) وفي هذه الحالة إذا رفعت الدعوى الجنائية أثناء نظر الدعوى المدنية وجب على المحكمة المدنية إيقاف العمل في دعواها حتى يتم الفصل من المحكمة الجنائية في الدعوى الجنائية وهذا ما يعبر عنه بقولهم ان الجنائي يوقف للمدني^(٣)

ولا صعوبة في قبول هذا الرأي فيما إذا كانت المحكمة المدنية والمحكمة الجنائية تابعتين لنظام قضائي واحد كما إذا كننا تابعتين ممّا لنظام المحاكم الاهلية أو لنظام المحاكم المختلطة . ولكن ما القول فيما إذا كانت كل محكمة تابعة لنظام بخلاف الآخر مثل المحاكم الشرعية والاهلية والمختلطة والفصلية ؟ نترك الافاضة في هذا القول لأن المجال ليس محلّه هنا

(١) المجلد ٣ ص ٦٢ رقم ٢٤ محكمة النقض (٢) كولين مع كابتان ج ٢ ص ٣٦٣ فقرة ٤

(٣) le criminel tient le civil en état

(٦) فيما يتعلق بقوة الشيء المحكوم فيه، الممول عليه ان للاحكام الجنائية قوة الشيء المحكوم فيه على المحاكم المدنية وأما العكس فعلى خلاف ذلك^(١)

(٥) في التعويض وصوره

٧٤٣ - ينظر في التعويض الى مبلغ الضرر الواقع وهو في العادة مبلغ من المال يحكم به على القصر أو المخطيء . ولكنه قد يتشكل أحياناً ببعض الصور الآتية :
(١) اما أن يحكم بنشر الحكم في الجرائد كما يحصل في حالة جرائم القذف والسب (استئناف م ٢١ فبراير سنة ١٩٠٠ م ت ق ، ١٢ ، ١٣٤) - وإذا استأذن رب المصنع على طبع نشرة وتوزيعها على عماله بالجزائرات الداخلية التي توقعت على بعضهم وأعلن عن رفت عامل لاتهامه بتزوير ثم تبين بان التزوير هو مجرد اهمال جاز الحكم على رب المصنع بتكليفه بنشر ذلك بنشرته وإلا حكم عليه بنشره بالمصحف السيارة (٦ فبراير سنة ١٩٠٧ ، ١٩ ، ١٠٧)

(٢) ولما أن يحكم بمبلغ على سبيل مرتب طول الحياة^(٢) وذلك في حالة ما إذا رضى المحكوم عليه بهذا القيد لانه لا يوجد بالقوانين المصرية ما يبيح ذلك^(٣) ولكن القضاء الفرنسي أباحه^(٤) ويبيحه الفقه المصري وعلى الاخص إذا ترك الثروة في ورثة قصرأ وكانوا في حاجة الى تعويض منتظم بثبات معاش لهم للقيام بمحاجاتهم الحيوية ذقانا^(٥)
(٣) واما الحكم بالتلف الشيء الذي كان موضع العمل المتأخذ عليه^(٦)

(٤) واما الحكم بندم محبة العمل الذي حصل لإضراراً بصاحب الحق كما يحصل في حالة تهريب المدين لاملأكه اضراًراً بدائتيه فانه يحكم في هذه الحالة بطلان تصرفاته واعتبارها كأن لم تكن (الواد ١٤٣/٢٠٤ و ٥٥٦/٦٨٠ مدني)

(١) راجع في ذلك كله نظرية الاثبات التي سيأتي وإنها (٢) rente viagère استئناف ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ت ق ، ٢١ ، ٩٣ (٣) استئناف م اول ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ت ق ، ٢٢ ، ٣٧ (٤) د ١٩٠٦ ، ٣٠ ، ٥٩ - س ١٩٠٧ ، ٣٠ ، ٨٥ (٥) دي هلس ج ٤ م ٢٦ ن ٤١ (٦) قلنا اننا نرى عند بناء اساس ملكة على ارض الجار فله حصة الحق والزامه بإزالة الاساس أو بتعويض طبقاً لظروف : ٢١ مايو سنة ١٩٠٦ ، ١٨ ، ٣١٤

(٦) في تاريخ المسؤولية الناشئة

عن التقصير أو الخطأ

٧٤٤ — قلنا إن أساس المسؤولية في الوقت الحاضر هو التقصير أو الخطأ أي الجنحة . ولذا يسمون هذه المسؤولية بالمسؤولية الناشئة عن الخطأ أو المسؤولية التقصيرية ^(١)

ونرى هنا ضرورة التكلم على ما يأتي : المسؤولية عند الشعوب القديمة والمسؤولية عند الرومان . المسؤولية في القانون الفرنسي قبل سنة ١٨٠٤ — نظرية التقصير أو الخطأ المعروفة عند العلماء . — النظرية المصرية في المسؤولية الشئبة

١ — المسؤولية عند الشعوب القديمة

٧٤٥ — كانت الشعوب القديمة ترى ان الوسيلة الوحيدة في اصلاح الضرر الناشئ عن العمل التقصيري أو الخطأ ^(٢) هو توقيع عقوبة ^(٣) . ولم يتقرر فصل التعويض عن العقوبة الا في المصور الحاضرة

وعلى كل حال يمكن القول بأن الشعوب القديمة والحديثة مرّت في تقرير هذه النظرية الهامة بأربعة أدوار نوجزها فيما يأتي ^(٤)

المرور الاول : وهو دور قانون الاخذ بالتأثر المثل ^(٥) اذ كان يباح للفرد الذي أصابه ضرر ما ان يبحث بخصمه مثل ما أحدثه هذا الاخيره . وهذا الدور يحكي دور الطفولة عند الصبي في أن هذا الخاطر بالأخذ بالتأثر المثل هو ما تمل به طبيعة العقل على قسه المأثرة من الحادث الواقع عليها ^(٦)

المرور الثاني : في هذا الدور قد تلطفت شدة الاخذ بالتأثر المثل فتحول الى ارضاق على مبلغ من المال يدفعه للثمن الى المجنى عليه بعد مراعاة الظروف الخاصة

(١) responsabilité délictuelle (٢) fait fautif (٣) pénalité

(٤) راجع مدّ راتنا في القانون الروماني سنة ١٩٢٢-١٩٢٣ القسم الثالث الخاص بالالتزامات .
بالتفصيل المعلق بمسألة الالتزامات عند الرومان أي الجنح (٥) loi de talion (٦) geste instinctif

بكل منهما وهذا ما يسمى الصلح الاختياري^(١) وعلى ذلك تعتبر العقوبة في هذه الحالة عقوبة مالية لا عقوبة بدنية

الدور الثالث : امتاز الدوران الاولان بان الاخذ بالتأركان الامر فيه موكولا إلى الاشخاص أنفسهم أصحاب الشأن. فكان المجني عليه هو الذي يأخذ بالتأثر بنفسه اما من طريق احداث الضرر بخصمه واما باملاء الغرامة المالية عليه^(٢) ولكن لما أخذت الجماعات طريق المضي في سبيل التهذيب والرفه وظهر أثر الحكومة في الاشراف على الافراد بحق السلطة العامة تدخلت الحكومة في الامر وانزعت من يد الافراد حق تقرير وتقدير الغرامة وقررت هي هذا الحق لنفسها. وهكذا ظهرت امارات جديدة لهذا المبدأ العصري الحاضر في أن الحكومة هي التي تتولى بنفسها أمر العقوبة توقيماً وتقديراً. وكان لهذه الحركة أثر عند الرومان كما دل على ذلك قانون الاثني عشر لوحة ثم عملت بهذا المبدأ أيضاً الشعوب الاخرى بما كانت تسميه « الدية »^(٣)

الدور الرابع : في هذا الدور تغير نهائياً أمر العقوبة فبعد أن كان بيد الافراد تولت أمره الحكومة. أي انه بعد أن كان عقوبة خاصة أصبح عقوبة عامة وما على المجني عليه الا ان يقدم بلاغاً للحكومة بما أصابه من الحوادث الجنائية. ثم يطالب بتعويض نظير ما أصابه من الضرر. والتعويض هذا مستقل تمام الاستقلال عن حق الحكومة في العقوبة المدنية أو المالية^(٤)

٢ - المسئولية عند الرومان

٧٤٦ — كان الرومان يسيرون في تنصيبهم على مبدأ هو الحد الوسط بين ما كان معروفاً بالدورين الثالث والرابع وكانت الجرائم مقسمة عندم الى قسمين جرائم عامة^(٥) وجرائم خاصة^(٦) فالاولى هي أعمال غير مشروعة^(٧) ضارة بالمصلحة العامة معاقب عليها بعقوبات بدنية أو مالية لا يستفيد منها المجني عليه في

(١) composition volontaire (٢) composition pécuniaire (٣) wehrgeld (٤) كاتان ص ٣٦٤ (٥) délit public (٦) délit privé (٧) actus illicitus

الأصل . والثانية كان الجزاء فيها عقوبة خاصة ^(١) أى غرامة يقضى بها للمجني عليه بعد أن يطلب الى المحاكم الحكم له بها . ومما يؤكد أن هذه العقوبة المالية هى عقوبة جنائية أنه يحكم بها للمجني عليه حتى ولو لم يلحقه ضرر ما ، وكذلك لا يراعى فيها ضرورة النظر الى مبلغ الضرر الواقع بالفعل

هذا ولم يقف التشريع الرومانى عند هذا الحد السابق بل أخذت مبادئه الاولى تتطور هى الاخرى . ذلك أن مبدأ التعويض ابتداء يظهر منفصلاً عن مبدأ العقوبة أى أن كلا من حق التعويض والعقوبة أخذ يتميز عن الآخر بما هو معروف في وقتنا الحاضر

والذى يدل على ذلك أن المشرع جيوس ^(٢) والامبراطور جوستيان قسما الدعاوى الى الاقسام الآتية :

(١) دعاوى الاسترداد العيني أو المظنرى : ^(٣) وهى الدعاوى التى يطلب بها المجني عليه رد الشيء نفسه أو ما يقابله أى ثمنه ^(٤)

(٢) الدعاوى الجنائية البهتة : والغرض منها توقيع العقوبة ولا شأن لها بالتعويض . ففى حالة السرقة مثلاً كانت الدعوى المسماة « دعوى السرقة » ^(٥) خاصة بالعقوبة . وكان للمجني عليه حق المطالبة بالشيء المسروق أو ثمنه بواسطة الدعوى الاخرى المسماة « المطالبة للمسروق » ^(٦) أى بينما الدعوى الاولى هى جنائية اذا الدعوى الاخرى مدنية

(٣) الدعاوى المختلطة ^(٧) أى الدعاوى التى ترمى فى آن واحد الى غرامة مالية وإلى تعويض . ويدخل فى هذا النوع الثالث دعوى قانون آكليا ^(٨) بخصوص الاضرار التى تلحق للال عمداً أو عن غير عمد ، ودعوى الفش ^(٩) هذا ومما يجعل القانون الرومانى متميزاً عن القوانين الحاضرة أنه قد عين عدداً محدداً من الجرائم الخاصة أح فيها للمجني عليه حق رفع الدعوى ولم يقرر مطلقاً قاعدة عامة يبيح فيها للمجني عليه حق رفع الدعوى فى أى حالة من الاحوال

équivalent (٤) actions répressives (٢) Gaius (٢) peine privée (١)
actio legis (٨) actions mixtes (٧) condictio furtiva (٦) actio furti (٥)
actio doli (١) aquiliae

فما اذا أصابه ضرر . أى أن القانون الرومانى لم يشرع تشريعاً عاماً عن أى عمل ضار بل عين هذه الاعمال بالذات والتميين . ولكن نسارع الى ملاحظة أن قانون آكليا^(١) قد عاجل هذا الامر من طريق التشريع العام نوعاً ما فوضع قاعدة عامة تقرر المؤاخذه عن أى عمل ضار بالمال . وبعد ذلك أكثر الفقه والقضاء الرومانيان من عدد الجرائم . وقرر قانون آكليا^(٢) هذا دعوى جنائية ومدنية في آن واحد^(٣) انتهى الامر أخيراً الى الاستماتة بها في الحصول على تعويض فظفر جميع الاضرار التي لحقت بأى شيء مما يملكه الانسان^(٤)

حصل كل هذا دون أن يذهب القانون الرومانى في تشريعه شبه العام الى ما ذهب اليه المادة ١٣٨٢ الفرنسية والمادة ١٥١ المصرية من حيث التعميم المطلق^(٥)

٣ - المسئولية في القرون الوسطى

وقيل وضع قانون نابليون سنة ١٨٠٤

٧٤٧- ظلت نظرية المسئولية في تطور كما رأينا اذا انتقلت من أدوارها الاولى العنيفة ثم تهذبت عند الرومان . وجاء علماء القانون الفرنسى قبل سن قانون نابليون وأفاضوا فيها من الابحاث بما كان اساساً للمادة ١٣٨٢ وقرروا للمسئولية عن الخطأ^(٦) وهى للمسئولية التي أخذ بها الشارع الفرنسى كما أخذ بها الشارع المصرى الاهلى في المادة ١٥١قرة أولى . ومن عهد لوازيل^(٧) قد ابطلت العقوبة الخاصة وقررت القاعدة الآتية وهى : أن ليس للفرد عند حصول العمل الضار اكثر من المطالبة بحق مدنى ولا شأن له بالوجهة الجنائية^(٨)

(١) loi Aquiliae (٢) Aquiliae (٣) pénale et répressive (٤) راجع مذكراتنا في القانون الرومانى سنة ١٩٢٢ - ١٩٢٣ (٥) كايان ص ٣٦٥ (٦) responsabilité (٧) Loysel وهو انطون لوازيل عاش من ١٥٣٦ الى ١٦١٧ وهو من مشاهير رجال القانون وضع الامثال القانونية المأثورة Maximes et Institutes coutumières التي نستعملها الى يومنا هذا وهى في منتهى الانجاز مع الملها بالمعنى للتجسد (٨) à tout méfait n'échet qu'une amende

وفي القرن السابع عشر قرر المشرع الفرنسي العرف دوما ما يأتي بالحرف الواحد : « جميع الخسائر والاضرار التي تنشأ عن عمل الانسان أو عن عدم الاحتياط والبطش أو عن الجهل بما تجب معرفته أو عن أى قصير أو خطأ آخر يشابه ما تقدم معها كان حقيقيا : جميع الخسائر والاضرار هذه يجب اصلاحها بمعرفة من وقع من جانبه عدم الاحتياط أو القصير أو الخطأ » ولأهمية هذا النص في وضع المادة ١٣٨٢ الفرنسية وما لها من رد الفعل على المادة ١٥١ مصرى أهلى نرى ضرورة اثباته كما قرره دوما حرفاً بحرف^(١)

وكأننا نلحس باليد أن نص دوما هذا هو الذي نقلته المادتان ١٣٨٢ و ١٣٨٣ الفرنسيتان ، والمادة ٢١٣ مدنى مصرى مختلط (مع شئ كثير من التشويه كالاختنا) والمادة ١٥١ فقرة أولى وثانية (مع ملاحظة التشويه الخاص بفقرة الثانية المقولة عن المادة ٢١٣ مدنى مختلط)

٤ - المسئولية في العصر الحاضر

١ - نظرية القصير أو الخطأ

٧٤٨ - مما مر يرى أن أصل المسئولية في القانون الفرنسى هو القصير أو الخطأ^(٢) أى كل عمل غير مشروع^(٣) أى أنه يجب على من يطالب بالتعويض أن يقيم الدليل على حصول قصير من جانب المدعى عليه فإذا تعذر عليه اثبات ذلك أو استحالة فلا مسئولية البتة لأن المفروض وقتئذ أن الضرر نشأ إما عن استهمال صاحب الحق حقه استهمالاً مشروعاً وإما عن حادث جبرى^(٤) أو قوة قاهرة^(٥) وإما عن فعل المصاب نفسه كأن يكون هو الذى تسبب وحده في الضرر الذى أصابه أو اشترك في الخطأ مع آخر . وفي هذه الحالة الأخيرة المسماة بالخطأ المشترك^(٦) يقدر

(١) قال دوما : « Toutes les pertes et tous les dommages qui peuvent arriver par le fait de quelque personne, soit imprudence, légèreté, ignorance de ce qu'on doit savoir, ou autres fautes semblables, si légères qu'elles puissent être, doivent être réparées par celui dont l'imprudence ou autre faute y a donné lieu. » (٢) faute (٣) acte coupable أو acte illicite (٤) cas fortuit (٥) force majeure (٦) faute commune

التقصير تقديرًا يلاحظ فيه مبلغ ما وقع من التقصير من جانب المجنى عليه بحيث لا يقضى له بكل المقابل للضرر بل يستنزل منه نصيبه هو فيه باعتباره شريكًا في التقصير أو الخطأ.

٧٤٩ — هذا ولا تنصرف كلمة التقصير أو الخطأ الى العمل الخاص بالانسان نفسه بل قد تنصرف الى ما يقع ايضا من أنواع التقصير أو الخطأ المنسوب إما الى أشخاص تحت رعايته وإلى أشياء جلمدة تحت يده منقولات كانت أو مبانى أو حيوانات إذ في هذه الاحوال لا يعتبر الضرر واقعا منه مباشرة بل واقعا من الغير . فسائق للسيارة الذى يدوس ماراً فى الطريق والعامل الذى يضرب الغير وهو فى خدمة مخدومه والكلب الذى يعض أحد المارين والعمارة التى تسقط على ساكنيها : هذه الاضرار جميعها حدثت بالفعل للبشر من قبل السائق والعامل والكلب والعمارة . ولكن لما كان التسبب فى الضرر هو تحت إشراف الغير ، الذى له الحق الرقابة والرعاية عليه ، أصبح المسئول أمام المجنى عليه شخصان : التسبب فى الضرر المباشر إن كان إنساناً ، والشرف على التسبب سواء كان هذا الاخير انساناً أو شيئاً منقولا ، أو عقاراً ، أو حيواناً . والشخص الثانى المسئول هو من له حق الرعاية . ولكن ما هو أصل مسئوليته ؟ هل ترجع المسئولية الى مجرد حدوث الضرر أم لا بد من إثبات تقصير أو خطأ حصل منه ؟ إن القول بمسئوليته لمجرد حصول الضرر لا يؤبه له إذا أخذ على اطلاقه . بل لا بد فى تقرير مسئوليته الى الرجوع الى مصدر قانونى يعتبر متبناً لهذه المسئولية . هذا المصدر إما أن يكون التقصير وإما الخطر المستحدث^(١)

٧٥٠ — فلما التقصير فهو ما نسب الى المشرف من عدم القيام بواجب الملاحظة والرعاية^(٢) ، أى بعدم ملاحظة من وكل اليه أمر الرقابة عليهم ، أو ما نسب اليه من التقصير فى اختيار عامله وخادمه وهو ما يسمى بسوء الاختيار^(٣) . هذا التقصير فى الرقابة وفى الاختيار قد افترض الشارع وجوده سواء كلف الشارع القرنى بالمواد ١٣٨٤ - ١٣٨٦ أو الشارع المصرى للمخاط بالمواد ٢١٣ - ٢١٥ أو الشارع الاهلى

(١) risque créé (٢) défaut de surveillance ou d'entretien (٣) culpa in eligendo
culpa (٥)

بلواد ١٥١ - ١٥٣ . نقول افترض وجوده أي جملة قرينة من القرائن القانونية ^(١) أي أنه اعتبر التقصير قائماً مبدئياً من جانب الاصيل فلا يلزم حينئذ الشخص المضارباقامة الدليل على هذا التقصير . وما هي الحكمة من هذا الافتراض ؟ أليس فيه ما يذهب بالقواعد العامة المتعلقة بالاثبات من حيث ان الاثبات يلزم به من ادعى ؟ الحكمة عملية أكثر منها قانونية لأن المجنى عليه في مثل هذه الحوادث المتقدمة قد يصعب عليه إقامة الدليل على هذا التقصير ، الامر الذي يذهب بحقه فلا يقضى له بتعويض . ولكن من طريق آخر أباح الشارع جواز إقامة الدليل العكسي من جانب الاصيل بنفي المسؤولية عنه واثبات أن لا تقصير من جانبه وان الحادث وقع اما بسبب جبري أو قهري ، أو بفعل المجنى عليه نفسه . ولذلك قلنا ان التقصير يعتبر قائماً « مبدئياً » فقط

ولكن هناك أحوال خاصة لم يبيح فيها القانون إقامة هذا الدليل العكسي كما يلاحظ في المادة ١٣٨٤ بالقرة الاولى بالعبارة الخاصة بالاشياء الموجودة في حيازة الانسان والمادة ١٣٨٦ الخاصة بالبناني . وهاتان المادتان لا شبيه هما بالقانون المصري مختلطان كان أو أهلياً . ولكن عدم ورودهما اتما جاء من طريق الاختزال والايجاز وهو ما كان يلجأ اليه الشارع المصري في كثير من الأحوال

٧٥١ - وأما المصدر الثاني فهو الخطر المستحدث (ن ٧٤٩) ^(٢) أو المسؤولية الشبئية ^(٣) كما نشرحه فيما بعد من طريق الرجوع الى المادتين ١٣٨٤ و ١٣٨٦ الفرنسيين أو الى الاصول العامة التي يجب في تقريرها من الوجهة القانونية الرجوع الى الضرورات الاجتماعية وتفاعل نوايس العمران ، تلك الضرورات التي لم يتركها القضاء الغرضي والقضاء هو المسرح العملي للقانون ، دون أن يمنحها نصيباً من العناية تحت تأثير نظريات المفسرين وعلى رأسهم سالي وجوسران ^(٤) وعلى ضوء المستحدثات الحيوية التي تخلقها حركة التطور العالمي المستمر

ب - في نظرية المسؤولية الشبئية

§ ١ - كلمة عامة

٧٥٢ - يراد بالمسؤولية الشبئية^(١) المسؤولية التي يتحمل بها الشخص المالك للشيء دون أن يلزم طالب التعويض بإقامة الدليل على حصول تقصير أو خطأ من جانب المدعى عليه ، بل يكفي إثبات الضرر وأنه أت فقط من جانب الشيء المذكور. ونظرية المسؤولية الشبئية هذه تتعارض كل المعارضة مع نظرية المسؤولية الناشئة عن التقصير أو خطأ^(٢) والتي يتحتم فيها ضرورة إثبات حصول تقصير أو خطأ^(٣) من جانب المسؤول. بحيث إذا استحال على مدعى التعويض إقامة الدليل على حصول التقصير أو خطأ فلا يقضى له بتعويض ما

٧٥٣ - وللنظريتين أنصار عديدين. وكانت نظرية المسؤولية التقصيرية هي النظرية الأولى التي قال بها مفسرو القانون. الفردي عقب وضعه سنة ١٨٠٤ ورجعوا في تقريرها إلى المواد ١٣٨٢ - ١٣٨٦ وإلى ما قال به المؤلفون الفرنسيون قبل سنة ١٨٠٤. ولكن لما تغيرت الحياة الاقتصادية وكثرت الأموال بين أيدي كبار التمولين وقلت بالمرّة إلى حد الاعسار لدى طائفة العمال العاملين ليل نهار ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى ، لما كثرت الآلات البخارية في المصانع والمعامل وارتقت الصناعات ذلك الترقى المددش كثرت أصابات العمال بسبب تعدد الآلات وتعدد الاعمال المختلفة. فلذا أصيب العامل بضرر أثناء العمل وطالب بتعويض وجب عليه طبقاً لنظرية المسؤولية التقصيرية أن يقيم الدليل على حصول تقصير أو خطأ من جانب رب المصنع. وفي الغالب قد يستحيل عليه إثبات التقصير إما لأسباب مادية وإما لأسباب أدبية. وبذلك ترفض دعواه في التعويض. لذلك فكر عدد غير قليل من كبار المؤلفين في تقرير النظرية الجديدة وهي القائلة بالمسؤولية الشبئية التي لا تشترط تقصيراً بل تشترط حصول الضرر فقط. ورجعوا في تقريرها إلى مصادر تشريعية وهي المواد ١٣٨٢ - ١٣٨٦ إذ فسروا هذه المواد تفسيراً مقررّاً لنظريتهم مستثنين في ذلك

بعض أقوال المقررین في المجالس التشريعية التي انعقدت لوضع قانون نابوليون واستعانوا أيضاً بمبدأ حديث هو أثر من آثار التقدم الحيوى المالى فى علم الصناعة وهو مبدأ الخطر المستحدث^(١) أى أن من يوجد عملاً يترتب عليه حتماً أضرار بالغير بجانب المكسب العظيمة التى يجنيها من وراء عمله وجب عليه أن يتحمل بالتضامن كما يستفيد من المكسب ، أى يكون عليه من المغارم بقدر ماله من المنافع « الغرم بالغرم » وقد شاعت هذه النظرية وراجت وقال بها المفسرون بفرنسا وبلجيكا ثم تأثر بها القضاء فى هذين البلدين وانتهى الامر بوضع قانون خاص سنة ١٨٩٨ فى فرنسا قرر بعبارة صريحة نظرية مخاطر الصناعة والأحرفة ولا زال القضاء يأخذ بها فى كثير من المواطن فى غير أحوال حوادث العمل^(٢)

٧٥٤ — ومن أنصار هذه النظرية الهامة الاستاذ المعروف سالى^(٣) وجوسران^(٤) ولهما رسالتان فيها كانت لهما شهرة طبقت العالم العلمى القانونى ولا زالتا حائزتين لهذه الشهرة اللدائمة مع انهما مكتوبتان قبل سنة ١٨٩٨ أى قبل سن قانون حوادث العمل . ولقد ظل جوسران يكتب فى هذه النظرية بعد سنة ١٨٩٨ مقالات عديدة تطبيقاً على أحكام القضاء الفرنسى فى غير الاحوال الخاصة بحوادث العمل

٧٥٥ — أما القضاء المصرى فانه مع الاسف الزائد لم يشأ أن يأخذ بنظرية المسؤولية الشئبة أو المشتركة الناشئة عن الخطر المستحدث وأظهر فى مواطن عدة من أحكامه عناداً غريباً وتمسكاً لم يشأ معه ان يلين مع مرونة التواضيس الاجتماعية والظورات الاقتصادية . الا أنه كان فى بعض الاحوال وهو تحت سلطان التأثر بالوقائع الخاصة بالدهاوى ، يميل الى نظرية المسؤولية الشئبة ويمنح الى الأخذ بها لا باعتبار أنها هى نظرية المسؤولية الشئبة بل باعتبارها نظرية المسؤولية التقصيرية اذ يفترض حصول التقصير من جانب المسئول باعتبار انه ملزم بالقيام بواجبات خاصة نحو المال تحتمها طبيعة العمل^(٥) وما دام ان رب العمل متقلاً

(١) risque créé (٢) accidents de travail (٣) R. Saleilles (٤) Josserand

(٥) وهذا يحكى تحريماً الجبل الثانوية التى استخدمها Sauzet بفرنسا و Sainctelette ببلجيكا

عندما اشتراط على رب العمل ان يرد العامل سليماً الى نفسه كما استلزمه سليما

بالواجبات وقد حصل الضرر فالتفويض أن التقصير واقع منه إلا إذا أقام رب العمل الدليل على انتهاء التقصير من جانبه. وهذا الأسلوب في التحرر قليلا من قيود المسئولية التقصيرية القاسية وانتقرب شيئا فشيئا من عدل نظرية المسئولية الشئئية. يبشر بقرب العهد الذي ربما يأخذ فيه القضاء المصري بهذه النظرية الأخيرة كما قررها الآن قضاء الفرنسي أكثر من مرة في غير الأحوال الخاصة بمحوادث العمل. وربما يساعد على ذلك تطور مصر في الوقت الحاضر من الوجهة الاقتصادية. وسنبين الأحوال العملية أمام القضاء وهي الأحوال التي أخذت فيها هذه النظرية دورها في التطور العلمي

§ ٢ - مصدر المسئولية الشئئية

عند الرومان

٧٥٦ — إن أساس هذه النظرية هو عدم ضرورة اثبات التقصير من جانب المسئول وبها يمكن اعتبار كل شخص مسئولاً عن جميع الأضرار الناشئة عن أعماله وعلى طالب التعويض ألا أن يقيم الدليل على حصول الضرر وعلى أن الضرر ناشئ عن عمل المسئول عنه. أي أنه يجب على كل شخص أن يتحمل الأضرار الناشئة عن أعماله^(١) أي يخطر أعماله سواء كان عمله هذا تقصير^(٢) أم غير تقصير^(٣) وعلى ذلك تحمل كلمة مخاطرة^(٤) محل كلمة خطأ أو قصير^(٥) أي يحمل الخطر المستحدث محل التقصير أو الخطأ ويقول أصحاب نظرية المسئولية الشئئية بأن هذه النظرية آتية من جانب القانون الروماني. وهم لا شك صادقون فيما يقررونه بشأن هذا التعليل التاريخي الهام. قلوا:

إن نظرية المسئولية الشئئية تعتبر نصراً كبيراً في عالم القانون وحقاً عظيماً للعبادة القانونية القديمة الخاصة بالحق المطلق في الأخذ بالثأر^(٦). وكان الرجل في العصور الأولى لا يعبأ مطلقاً بما إذا كان الذي أصابه بمجرح يبي ما يفعل ويدرك ما يحدث منه أم لا، بل كان الاهتمام الطبيعي يسوقه قسراً عنه، بلا وعي ولا إمعان نظر، إلى أن يثار لنفسه في الحال عن كل تعد يصيبه في شخصه أو في ماله. فكان يضرب من

(١) le risque de ses actes (٢) acte fautif (٣) risqué (٤) faute (٥) droit de vengeance

يقره حتى ولو كان الضارب طفلاً أو مجنوناً أو حيواناً أو شيئاً مادياً . ومن هنا يظهر أنه قد نشأت نظرية دعاوى التخلّي الجنائي^(١) وهي الدعاوى التي أريد بها أولاً وفي العصور الأولى ، كما حققه العالم الألماني المعروف اهرنج^(٢) ، ضرورة التخلّي حتّى عن المتسبب في الضرر^(٣) (وفيما بعد ذلك تقرر اعتبار امر التخلّي هذا غير حتّى) عبداً كان أو حيواناً أو شيئاً ، وتسليه إلى المجنى عليه حتى يتمكن هذا الأخير من التشفى من فريسته بتوقيع عقوبة الاخذ بلا راعليه . ومن هنا ظهرت هذه التخصيصات الهامة في القانون الروماني القديم وهي أنه لا يعبأ مطلقاً بحسن نية المتهم المنسوب إليه العمل المعاقب عليه أو سوء نيته . ولذلك كانت دعوى تسليم المتسبب في السرقة^(٤) تبسح الحكم على المتسبب في الضرر هذا حتى لو كان غير مدرك لما يعمل به ، بعقوبة تساوى ثلاثة أضعاف قيمة الشيء المسروق^(٥)

وبعد مرور أزمان طويلة أخذ القانون يتقدم شيئاً فشيئاً وأخذ يعمل على الاخذ بنظرية السببية الداخلية^(٦) للعمل الضار^(٧) إذ اخذت نظرية التقصير^(٨) تنمو وتظهر في طريق التعيين والتحديد . وكال قانون الروماني في آخر عهده يخلط بين العقوبة^(٩) والتعويض^(١٠) ويعتبر مبدأ التعويض كبداً للعقوبة فكان الفاعل الجرمية خاصة^(١١) لا توقع عليه العقوبة الا اذا كان مجرماً بالمعنى الصحيح^(١٢) أي اذا كان قد ارتكب خطأ أي تقصيراً^(١٣) وفكرة التقصير هذه في حالة الجريمة الخاصة المعاقب عليها هي التي ظلت قائمة وموجودة في القوانين المعاصرة

§ ٣ - المسئولية الشخصية والاعتبارات

العصرية

٧٥٧ - قلنا إن فكرة خطأ أو التقصير في حالة الجريمة المعاقب عليها في الأزمان السابقة هي التي ظلت قائمة وموجودة في القوانين المعاصرة

auteur du dommage (٣) Ihering (٢) les actions noxales (١)
furtum من ممتلكات furti oblatus وكلمة oblatus تعني قد أهدى أو عرض أو دفع وكلمة furti ممتلكات من
أي السرقة (٥) la peine du tripte (٦) causalité interne (٧) fait dom-
mageable (٨) faute (٩) réparation (١٠) peine (١١) privé (١٢) faute (١٣) coupable (١٤)

ولكن يسارع أنصار نظرية المساواة الشئبة الى ملاحظة أن الشرائع الماضرة أخذت بنظرية القصور أو الخطأ بطريقة تخالف الطريقة التي كانت معروفة عند الرومان . وذلك انه يلاحظ أولا في الشرائع الماضرة ان القانون المدني أصبح منفصلا عن القانون الجنائي تمام الانفصال . وقد زالت العقوبة الخاصة^(١) وعفا أثرها . وقد أخذ الانسان نفسه ينسحب شيئا فشيئا من مجال القانون الاقصادى الخاص^(٢) ذلك القانون الذى أصبح يبالغ المسائل الاقتصادية وروابط الناس بعضهم مع البعض لا باعتبار الانسان أزاء الانسان بل باعتبار المال ازاء المال ، أى أن الانسان الذى كان واسطة بين المالين قد انزوى جانبا ولم يبق الا المالان ، فيؤخذ من هذا المال لد التقص في المال الآخر بعد صرف النظر عن نفسانيات هذا الانسان . وأما بقاء الاسماء الرومانية القديمة في الوقت الماضر وهى الجنة وشبه الجنة فانه يشهد ببقاء المبادئ القديمة . ان لم تكن هذه الاسماء قد انصرفت في الحقيقة والواقع في الوقت الماضر الى معان أخرى . ذلك لأنه في الوقت الماضر اذا وقع حادث وتسبب عنه ضرر فانه يحصل التساؤل الآتى : ما الذى يتحمل بالخسارة الناشئة عن الحادث هل هو مال المجنى عليه او مال المتسبب في الضرر ؟ اما الجواب على هذا السؤال فانه لا يتحمل أدنى شك : اذ الذى يتحمل بالخسارة هو مال المتسبب في الضرر^(٣) ذلك لانه من بين الشخصين الضار والمضرور ، لابد وأن يكون أحدهما قد كان لا يستطيع منع الضرر عن تزوله به : هذا الشخص هو المجنى عليه . وأما المتسبب في الضرر فانه هو الذى كان في استطاعته أن يمنع الضرر بان يمتنع هو عن العمل الذى تسبب عنه الضرر . ومن بين هذين الشخصين أيضا يوجد واحد منهما وهو المجنى عليه وهو الذى لا يجني ثمرة ما من العمل المستثمر^(٤) واما الآخر وهو صاحب المال الضار فانه هو الذى يستفيد وحده من هذا العمل ويستأثر بمنافعه ، لذلك كان من العدالة أن يتحمل صاحب العمل الضار الاضرار التى تنجم من عمله بان يدفع تعويضا لمن اصابه الضرر ، وبعبارة أخرى يجب تقرير هذه القاعدة العامة وهى : المخاطر على من عمل ، أو من

(١) peine privée (٢) Droit privé économique (٣) agent du préjudice

(٤) entrepreneur أو activité

يحمل نظرية خاطئ عمله^(١) أى أنه يجب في عالم القانون المخاطر غنم الأخذ مطلقاً بنظرية التقصير أو الخطأ ولحق النظرية التي خلقت محل توقيع العقوبة^(٢) وبهذه الكيفية تتلاقى عبارة « امرئ » وهي أن تلويح بنظرية التقصير أو الخطأ لم يفرج عن كونه مجرد بيان تلويحي للأدوار التي زالت فيها فكرة التقصير شيئاً فشيئاً^(٣)

ولذا فكر انصار المسؤولية الشبيهة في وضع نص يشبه تماماً نص المادة ١٣٨٢ المقابلة للمادة ١٥١ قسرة أولى مدنى المحلى ويريدون أن يأخذ به الشارع عندما يعمل على تعديل قانونه . هذا النص الجديد هو كما قلنا نفس النص المعروف ، ما عدا عبارة « بتقصيره »^(٤) التي وردت بالمادة ١٣٨٢ وبالمادة ١٥١ مدنى مصرى للنسخة الفرنسية والتي لم تظهر بالنسخة العربية : إذ من رأى انصار المسؤولية الشبيهة استبدال هذه العبارة بعبارة « بعمله »^(٥) وفي الواقع فاتهم يفسرون عبارة « بتقصيره » بمعنى « بعمله » تأييداً لمذهبهم^(٦)

هذه هي الاعتبارات التاريخية الرومانية وغير الرومانية والاعتبارات الاقتصادية والقانونية التي روعيت في تقرير نظرية المسؤولية الشبيهة . ولننظر الآن في آثار هذه النظرية في التشريع والقضاء

٤ (٤) آثار نظرية المسؤولية الشبيهة

في عالم التشريع

٧٥٨ — كان لنمو الصناعات الكبرى^(١) وتوسع الآلات البخارية والكهربائية^(٢) أثر في تقرير قواعد قانونية مخالفة لما كان يمكن الجود عليه في تفسير المواد ١٣٨٢ - ١٣٨٦ تفسيراً يرجع لنظرية المسؤولية الشبيهة على إثبات التقصير أو الخطأ . لأن من شأن الحالة الاقتصادية الجديدة أن تحدث تغييراً حاداً في المبادئ القانونية المقررة قديماً . ذلك لأن الأصل في القانون أنه خضع لنواميس الحياة وليست الحياة هي الخاضعة

(١) quiconque agit doit subir les risques de son acte (٢) pénalité

(٣) كولين وكاين ج ٢ ص ٣٦٨ (٤) par la faute (٥) par le fait

(٦) ميشو Michoud في التقصير المدنية ج ٢ ص ٢١٦ (٧) grande industrie

للقانون وهذا يؤكد ما قاله « بورتاليس »^(١) من أن القوانين شرعت للانسان ولم يخلق الانسان للقانون . وكان من شأن الحالة الاقتصادية الجديدة وظهور « العامل » فيها بظهور الضعيف أمام « المثلول » الكبير انه قد استحلال على هذا العامل أمر الحصول على تعويض نظير ما يصاب به من الاضرار أثناء عمله أو لمناسبة عمله . لهذا ظهرت حركة تشريعية عامة في العالم للمتمدين قررت المسئولية القانونية البحتة^(٢) أي المسئولية الشئبية دون النظر الى ضرورة اثبات التقصير مطلقا^(٣) . وعلى هذا الاعتبار ظهرت من الوجهة التشريعية نظرية المخاطر^(٤) ، أي ان من يعمل عملا ذا منفعة له فعليه مخاطره ، أي من ينغم فعليه غرم ما ينغمه ، باعتبار ان اصابة العامل لم تخرج عن كونها كصاية لآلة العاملة . فاذا أصيبت هذه أصلحت ، كذلك اذا أصيب العامل دفع له تعويض . بمعنى أن التعويض يدخل ضمن تكاليف العمل . وقد أخذ فعلا بهذا الرأي في البلاد المتمدنة الآن ومنها فرنسا بقانونها للعروف الصادر في ابريل سنة ١٨٩٨

§ ٥ () نظرية المسئولية الشئبية في عالم الفقه

٧٥٩ — رجع أنصار هذه المسئولية في تقريرها الى المواد ١٣٨٢ — ١٣٨٦ بعد أن حللوا هذه المواد تحليلا دقيقا انتهوا منه بان المشرع نفسه سنة ١٨٠٤ قرر هو الآخر هذه النظرية واستندوا في ذلك الى أن هذا الشارع قرر المسئولية القانونية أو المسئولية الشرعية^(٥) دون اشتراط التقصير

عملوا على تفسير الفقرة الاولى من المادة ١٣٨٤ الخاصة بمسئولية الشخص عن أعمال غيره للوكول أمره اليه وعن الاضرار الناتجة عن الاشياء الموجودة تحت حراسته . ثم فسروا المادة ١٣٨٥ الخاصة بملكية الحيوان بما يتفق مع هذا الرأي وربطوا المادة ١٣٨٦ الخاصة بملكية المباني بالمادة ١٣٨٤ قرره أولى ، وقالوا بأن الشارع افترض حصول التقصير، أي أنه قال بالقرينة القانونية^(٦) وأن القرينة القانونية هذه تستحيل دائما أبداً

(١) Portalis (٢) responsabilité légale (٣) بمعنى ان القانون نفسه هو الذي يقول بها (٤) risque (٥) responsabilité légale (٦) présomption légale

إلى حقيقة واقعة لا إلى مجرد فرض ظني من قبل الشارع . بمعنى أن الشارع افترض من قبيل الظن حصول تقصير في المراقبة ^(١) أو تقصير في الاختيار ^(٢) وأن اللوكول اليه الامر أصبح مسئولا بسبب افتراض هذا التقصير. وقد دل العمل على أن الافتراض الظني هو في الغالب يكاد يكون دائما هو الحقيقة الواقعة والحاصل الصحيح. أى أنه يحكم فيه دائما بالتعويض ولو أنه يباح له في بعض الاحوال اقامة الدليل على أن لا تقصير من جانبه

٧٦٠ — واما عن المادة ١٣٨٢ فقد فسرها أنصار مذهب المسئولية الشيعية بقولهم ان صدر المادة القائل « بأن كل عمل للانسان مهما كان » ^(٣) يؤيد مذهبهم. نعم ولو أن كلمة تقصير او خطأ ^(٤) وردت بهذه المادة ومن شأن ورودها أن تلقى بعض الشك على متانة مذهبهم ، إلا أنهم يعللون ورودها بهذه المادة انها لم ترد على سبيل انها مصدر للالتزام بالتعويض بل وردت فقط لتدل على أن الذي يسأل بالتعويض هو ذلك الذي نسب اليه العمل الضار بالذات ^(٥) ويقولون فوق هذا بأن المادة ١٣٨٢ قد وردت بهذه الصيغة العامة حتى تضع حداً لذلك الجدل الطويل القديم الذي كان قائماً لدى القانونيين قبل سنة ١٨٠٤ فيما يتعلق بمعرفة ماهي الاعمال التي تعتبر مصدراً للتعويض وما هي الاعمال التي لا تعتبر كذلك. وقلوا بأن صدر المادة ^(٦) جاء قاطعاً في هذا الشأن وقرروا بأنه مادام المفسر مقيداً في وضعه للبادئ القانونية بنصوص القوانين المعمول بها ^(٧) فانه لاشية عليه فيما اذا عمل على تكوين مبدأ المسئولية الشيعية من نفس عبارة المادة ١٣٨٢

٧٦١ — هذا هو موجز الحركة العلمية لانصار نظرية المسئولية الشيعية . ونرى الآن ضرورة الالمام بالتعليقات العلمية التي رجعوا اليها ومبلغ ما عاتوه في ربط المواد القانونية بعضها ببعض ثم دعمها بالاعتبارات الحيوية التي جدت بمد وضع القانون الفرنسي سنة ١٨٠٤ وكان لجوسمران وسالى القدم الثابتة في تقرير هذه النظرية بما أفضا فيه من

(١) in vigilando (٢) in eligendo (٣) tout fait quelconque (٤) faute (٥) inputabilité de l'indemnité (٦) القائل (٧) loi positive

التعليقات الهامة على الاحكام الخاصة بنظرية المسؤولية بسبب الأشياء الجامدة ، وقد
وظفنا رسالتين هامتين سنة ١٨٩٧^(١) وضع جورسان رسالته قبل سالي فالم الأول
بشأنها وناقش زميله في آرائه التي تبينت من مقالته . ثم وضع الثاني رسالة بعده .
لجأت الرسائلان محكمتين وهما بالنسبة لمصر من أكبر المراجع الهامة في تقرير نظرية
المسؤولية الشيئية ما دام أنه لا يوجد بمصر تشريع خاص للعمل بقدر لم أصولاً
وقواعد تتعلق بمخاطر الحرفة^(٢)

على أن أصحاب هذا المذهب لم يقرروا مذهب المسؤولية الشيئية على إطلاقه بل
وضموا له حدوداً وعينوا له مناطق اذا خرج عنها وجب عدم الأخذ بها

٧٦٢ - وبيان ذلك : قال القضاء الفرنسي بالمسؤولية التقصيرية أى البنية على
ثبوت الخطأ حتى سنة ١٨٧٠ أى بالمسؤولية الاجنبية عن التعاقد^(٣) وأيده في ذلك
دمولومب^(٤) ولكن أخذ القضاء الفرنسي في سنة ١٨٧٧ بإلج هذه النظرية من
طريق تحويل العبء في الالبات وتسهيله على المجنى عليه في الحادث (س ٨٧٠ ،
٢١٢٤١)

٧٦٣ - ثم جاء سوزيه وسانكتليت^(٥) وتوسعا في الأخذ بالمسؤولية
التعاقدية^(٦) . وقال هذا للمذهب بأن امين النقل في نقله للمسافرين لا يلتزم
قط بتوصيل المسافر الى محطة الوصول بل بتسليمه اليها سليماً . وقياساً على ذلك
يجب ان يحصل مثله بالنسبة للعامل ورب العمل لان هذا الاخير في تعاقدته مع العامل

Jossérand, responsabilité du fait des choses inanimées . - Saleilles (١)
les accidents de travail et la responsabilité civile . -
Sourdat, traité gé- . مراجعت ايضا من
néral de la responsabilité ou de l'action en dommages-intérêts en dehors des
contrats, 6me édition, 1911, 2 volumes-
طام بن محمد البغدادي طبعه سنة ١٣٠٨ هـ (٢) risque professionnel (٣) responsabilité
critique, 1883) Salicrute et Saunier (٥) Démolombe (٦) Extra-contratuelle
responsabilité contractuelle (١) (Révue

تعاقد ايجار قته لا يلزم فقط بدفع الاجرة للعامل بل يتعهد فوق ذلك بمنح كل خطر وضرر عن العامل واتخاذ الاحتياطات اللازمة في المحافظة على صحة العامل وبطرق حياته . ويجب حينئذ على رب العمل ان يرد العامل لنفسه سليماً كما استلمه سليماً . فاذا اصاب العامل بضرر فلا يلزم الا بثبات الضرر فقط لا انطياً . وأما رب العمل فيلزم بالتعويض طالما لم يثبت حصول حادث جبرى أو خطأ من العامل نفسه . وأخذ بهذا الرأي القضاء البلجيكي فيما يتعلق بتأجير العامل (س ٢٥٦٤، ٨٦٤، ٢٥٦٤ - ١٥٣٤، ٢٨٦٤، ١٧٤٤، ٩٠٤، ١٧٤٤) فيما يتعلق بتأجير العامل ، وفيما يتعلق أيضاً بنقل المسافرين ، قائلاً بأنه لا يمكن تشبيه المسافر بالبضاعة . وكانت حجة النيابة في دفاعها انه لا يلقى بكرامة الانسان من حيث هو أن يشبه نفسه بالبضاعة .

٧٦٤ - وأما في فرنسا فلم يأخذ بها القضاء الفرنسى ^(١) ولكن رحب بها بعض فقهاءه مثل لاييه وشوفو ^(٢) ولكن محكمة السين التجارية بباريس أخذت بها في حالة قتل الاشخاص ثم عدلت عنها . وحجة المدول أنه من البعيد أن يكون التعاقد بين رب العمل والعامل قد انصرف الى حماية هذا الاخير لان ذلك لم يدر بمخاطرها وقت التعاقد

وفي مصر أخذ بهذا المبدأ لأول مرة أمام القضاء الاهلى بحكم جزئى سنة ١٩٢٤ ^(٣) إذ قرر أن مسئولية رب العمل مسئولية تعاقدية لا قصيرية وان عبء الاثبات على هذا الاخير ، وانه لا يجوز القول بان العامل في قبوله للعمل في عمل مخوف بالخطر قد رضى بتحمل الخطر وحده لان ذلك لم يكن محلاً للاخذ والرد في الإيجاب والقبول

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة في ٧ فبراير سنة ١٩١٢ « جزيت ٢ من ٨٧ - ٨٨ » بان « كل أحد الركاب على إحدى بواخر شركة « الساجيرى مارتيم » في عرض البحر لا يعتبر خطأ نشأ عن التعاقد ^(٤) ولكن يعتبر جنحة مدنية وقد

(١) س ١٩٥٠-١٩٥٠ (٢) Labbé و Chairveau راجع كتاب حوسران في المسئولية الناشئة من الاعباء للخدمة سنة ١٨٩٧ ص ٢٧ هامش ١ (٣) محكمة الياز الجزئية في ٢٢ فبراير سنة ١٩٢٤ المجلد ٤ ص ٦٦٨ عدد ٥٠٤ وهو حكم عام (٤) Epate contractuelle

التي بموجبها هذا حكم محكمة الاسكندرية التجارية الصادر في ١٩ ابريل سنة ١٩١١ التي اعتبر عدم تسليم الركاب سالماً للاسكندرية خطأ تعاقدياً^(١)

٧١٥ - على أن الشارحين لم يروا أن يتركوا هذا اللذهب دون معالجته حتى يكون متقفا في التشريع القانوني له مع الاصول القانونية :

٧١٦ - (١) لم يشأ لايه^(٢) أن يقول بتشبيه المسافر بالبضاعة بل قال بأنه يجب على رب العمل أن يثبت بأن الادوات والآلات التي اشتغل بها العامل كانت سليمة . وان هذا الالتزام إنما يرجع للعدالة . أي أنه يثبت حدوث حادث جبري أو قهري وهذا الحادث الذي ما كان في استطاعته التنبؤ بوقوعه « جوسران ص ٣٢ - قرر القضاء المصري بأنه يجب على شركات السكة الحديدية التي احتكرت النقل أن تعمل بحيث يطمئن المسافرون على أرواحهم وان تجرى من الرقابة بما يحول دون وقوع حوادث مزعجة ومفجعة . وهي لذلك مسئولة عن الحوادث التي تقع أثناء سير القطارات إلا اذا ثبتت القوة القاهرة أو الحوادث الجبرية^(٣) » وانها مكفئة بالمحافظة على أرواح المسافرين ولذا يجب عليها أن تعمل كل الاحتياطات لذلك والتي تستدعيها أعمالها^(٤)

٧١٧ - (٢) ثم جاء شوفجرين^(٥) وقال : ذهب المسؤولية التعاقدية ورجع في تسويقها الى علة أخرى . وقال بأن المادة ١٧٨٤ الفرنسية الخاصة بنقل الاشياء لا تسرى هنا . لان البضاعة لا تتحرك أثناء السفر بخلاف الانسان فإنه يتحرك . ولذا ربما نشأ الضرر بحرا كما هو بخلاف البضاعة فإنها ان تلقت قاتلف طارئ عليها بفعل أجنبي

(٥) راجع المجازيت ١ ص ١٣٣ والتطبيق عليه . وراجع تأثير هذا الحل على نقطة الاختصاص الدولي للمعالم المصرية في كتاب القانون الدولي الخاص للدكتور ابو هيف بك بد ٣٣٨ ص ٣٧٢ فان اعتبار القتل خطأ مدنياً مستقلاً عن القصد قد جعل المحاكم المصرية غير مختصة بنظر القضية لأن الحادث حصل خارجاً عن اية المصرية . بمكس ما اذا اعتبر خطأ تعاقدياً فإن المحاكم المصرية تكون مختصة لان التسليم في اسكندرية (٢) Labbé (٣) ١٤ يونيو سنة ١٩٠٩ ، ١١ ، ٢٨٠ . ولا يتجر قوة القاهرة خروج القطار عن القريط ليهب تسرب مواشي على الخط الحديدى : ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٩ ، ١٢ ، ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٠٤ ، ٢٨٠١٧ . وانه ليس من العدل أن نحمل الصلحة شخصاً بخطئ ويختلف لو اتصا كأنه يسير في طريق قد حظر المرور منه (الحكم المذكور) (٢) Cheuvegrin

عنها . ولكن إن صح ذلك في بعض الاحوال بالنسبة للمسافر فانه لا يصح في الاحوال الاخرى وهي الاحوال التي يلعب فيها المسافر دوراً سلبياً كأن يحصل تصادم أو خروج عن شريط السكة الحديدية . إذ في هذه الحالة يعتبر للمسافر كطرد من الطرود للمسافرة « جوسران ص ٣٥ » وعلى ذلك يجب الاخذ هنا بالمسئولية التعاقدية

٣) وقال أخيراً المشرع الكبير إسمان^(١) بأنه يجب الاخذ هنا بالمادة ١٧٢١ مدني فرنسي القائلة بأن المؤجر ضامن للمستأجر في كل ما ينشأ عن العيوب اللاحقة بالشئ المؤجر . ومادام عقد الاجار بين رب العمل والعامل هو عقد ايجار تسلمت فيه أشياء من رب العمل الى العامل ، وكان هذا العقد خاضعاً لقاعدة حسن النية للطرفين فانه يجب على رب العمل في حالة اصابة العامل من هذه الآلات التي يشتغل بها أن يثبت بأنه لم يخالف واجب حسن النية الذي يمتشى على عقد الاجارة المذكور وانه اتخذ كل الاحتياطات اللازمة منعا لحدوث مثل هذه الاضرار

٧٨ — في المذهب الاقصر بالمادة ١٣٨٦ الخاصة بالمباني : تقرر هذه المادة بمسئولية مالك البناء عن الاضرار الناشئة عن تدمره اذا حصل التهدم بسبب علم الصيانة أو بسبب عيب في البناء . وتعتبر المادة المذكورة مناقضة للمادة ١٣٨٢ فرنسي . وانه لا يشترط فيها اثبات التقصير ، وانها خاصة بالقريفة القانونية التي لا تقبل دليلاً عكسياً تقريباً . كل ذلك في دائرة التهدم الناشئ والناشئ فقط عن عدم الصيانة وعيب في البناء . وأما عن الاحوال الاخرى فيؤخذ بالمادة ١٣٨٢ فرنسي . ولكن القائلين بالاخذ بالمادة ١٣٨٦ يقولون بأنه بما يتعارض مع المنطق أن تقرر هذه المسئولية بلا اثبات خطأ في العمارات دون الأشياء الخفيفة الاخرى . وان كلمة البناء الواردة بالمادة ١٣٨٦ لم ترد الا على سبيل التمثيل . قل بهذا المذهب دمولومب ولا روميير وقال بها أيضاً لايه . ثم أخذ بهذا الرأي القضاء الفرنسي في حادث أصيب فيه عامل من جراء سقوط شجرة بشارع ومحاوره للمارة التي يشتغل بها (جوسران

ص ٤٤٤) وفي حادث وقع داخل مصنع شأنه شأن القبتنة بالأرض. وقرر بأن المادة ١٣٨٤
واردة على سبيل التمثيل لا على سبيل المحصر،

٧٦٩ - ولكن جوسوران أخذ على هذه النظرية الأخيرة الآخذة بالمادة ١٣٨٦
المذكورة في أنما توسعت بحيث لا يجوز عدم التوسع. وأخذ في ذلك يؤي لويون.
وقال بضرورة الأخذ بالمسئولية المدنية

في المسئولية المدنية بحكم القانون نفسه - قال به جوسوران. وأركانها.
(١) أن المدعى بالتعويض لا يلزم بثبات خطأ المالك - (٢) لا يفلت المالك من
المسئولية عن الضرر الحاصل إذا حوّل اثبات عدم وقوع خطأ أو إهمال من جانبه -
(٣) إن المسئولية المحمل بها هذا المالك اجنبية عن الخطأ وهي هي مسئولية يقرها القانون.
نفسه (جوسوران ص ٧٤)

٧٧٠ - بمعنى أن الشارع نفسه هو الذي قرر مسئولية المالك. ورجع جوسوران
الى الفقرة الاولى من المادة ١٣٨٤ القائلة بمسئولية مالك الاشياء عما يقع بسببها من
الضرر. وكان السابقون على جوسوران يقولون بلقرينة القانونية القاطعة^(١) أي أن
هناك قرينة على وجود الخطأ ولا يباح للمدعى عليه حق إقامة الدليل العكسي، الامر الذي
يفيد أن أساس المسئولية هو الخطأ^(٢). ولكن جوسوران يلاحظ بأنه إذا فرض وقوع
الحادث ولم يتبين مطلقاً حدوث خطأ بالمرّة فكيف لقول بلقرينة القانونية القاطعة على
حصول الخطأ حيث لا خطأ؟ لهذا هو يقول بأن المسئولية الآتية من طريق القانون هي
التي يلتزم قانوني قرره القانون بمحض رغبته

والالتزام هذا بالتعويض لم يسند الى خطأ مفروض لا يقبل الدليل العكسي، انما هو
التي يلتزم قل به الشارع وقرره بمحض ارادته. والشارع وحده هو الذي يملك تقرير الالتزام
دون الحاجة الى ان يرجع فيه لا الى عقول ولا الى جنة. وعلى ذلك فلا يلتزم هذا الالتزام قل به
القانون نفسه^(٣) وليس بالالتزام التعاقدى^(٤) ولا بالالتزام الجنائي^(٥) وهما الالتزامان اللذان

(١) et de jure أي présomption légale irréfragable juris (٢) faute
(٣) obligation ex lege (٤) obligation contractuelle (٥) obligation delictuelle

يرجم أولها الى عقدين المصائب وصاحب الشيء، ولا ينهما الى الخطأ^(١) انحصر وتاقص جوسران لهذه المناسبة حكماً أصدرته محكمة الامبراطورية الالمانية وماقرره التافى للقرر للدعوى من أنه لا يجوز مطلقاً أن يقع الضرر على الغير من جراء شيء مملوك اصاحبه دون تحمل هذا الاخير بنتائج هذا الضرر (جوسران ص ١٠٠) وقرر الحكم المذكور أن وقوع "ضرر بسبب الشيء يدل على وقوعه من جانب صاحبه بالذات . أى أن المالك مسئول لانه هو المالك . ولاحظ جوسران على أقوال الحكم وأقوال العضو المقرر بأنه اذا كان مالك الشيء هو المسئول في النهاية فكأن ذلك يرجع للاخذ بنظرية المادة ١٣٨٢ فرنسى أى نظرية الخطأ ، وهو الامر الذى يراد الافلات منه . ويقول بأن الفقرة الاولى من المادة ١٣٨٤ تقرر مسئولية المالك عن الاشياء الموجودة تحت رعايته ، وأن المادة ١٣٨٥ تقرر مسئولية مالك الحيوان او من ينتفع بالحيوان . وهذا التقرير من جانب الشارع في المادتين ١٣٨٤ و ١٣٨٥ تقرير لا يتفق مع الحكم المذكور وتقرير اتافى المقرر . ويرى أن المسوغ لمادتين المادتين أو للمسئولية بسبب الاشياء الجائمة انما يرجع للعدالة (ص ١٠٣) ذلك لان رب المصنع انما ينفق من مصنعه في أوقات الزواج فيجب عليه أن ينفق أيضاً في أيام الازمة ، كما لاحظ ذلك سالى^(٢) وهذا ما يسمى بمخاطر الحرفة^(٣) . ويجب أن تدخل هذه المخاطر ضمن مصاريف العمل وأن تنضم الى مبالغ الايجار والتأمين وغير ذلك . وهذا يدعو الى القول أيضاً بمسئولية رب العمل عن الحادث الجبرى^(٤) هذا ما يقوله سالى . ويلاحظ عليه جوسران أن هذه الاعتبارات لا تصدق الا على الهناعب والحرف داخل العامل ولا تتمشى على الاحوال الاخرى ابتلاجة عن العامل والمصانع كما اذا سقط شيء مثلاً على مار فى الطريق . ويرى ضرورة تبعيم النظرية وتركبها على أساس علم . ولذا يقول بأن مسئولية المالك عن الاشياء الجائمة ترجع الى مخاطر الشيء ذاته^(٥) وهذا أهم من حصرها فى مخاطر الحرفة فقط^(٦) ويرى

(١) faute (٢) Sileilles (٣) risque professionnel (٤) cas fortuit (٥) risque (٦) risque professionnel وقرر القضاء المصرى بأنه اذا كانت البضاعة تسقط داخل للبنة متاراً ثم manoeuvre فى الدخول والخروج والتفت بواسطة هلياء ancre عيلاً من الاشياء الفاتنة فى الماء كاثوية (ماسوة) موضوعة لاجل قتل الناز من شاطئ لا خير يور سجد عليها لا تسأل عن الضرر امل الشركة صاحبة الاثوية . لانه يجب ان يقال فى مثل هذه الحالة على من يوجد عتماً دخل البلاء المد لمرور البواخر فله حصة وهو مجازف وعلى ذلك يجب ان يحمل هو ينصه بمسئولية عمله ازاء الماورات البحرية التى تقوم بها السفن : ٢ مارس سنة ١٩٢١، ١٩٢٢، ١٩٢٣

الإستناد في ذلك كله الى المادتين ١٣٨٤ و ١٣٨٥ . وعلى ذلك اذا داست عربة ماراً دون أن يكون هناك خطأ بالمرّة فمن الذى يتحمل الضرر ؟ هل يتحمّله المار وهو أجنبي بالمرّة عن العربة ؟ أم يتحمّله مالك العربة ولم يكن هناك خطأ من جانبه بالمرّة ؟ يقول البعض بأنه لا يسأل أحد من الجانبين ما دام أنه لم يكن واحد منهما مخطئاً . وهذا تعليل غير صحيح . لانه اذا لم يسأل المالك عن الضرر فكأن الذى يتحمّله هو المصاب مع أنه من الواجب أن يتحمل الضرر مالك العربة . والا ذهبت خسارة المار بلائمن (جوسران ص ١٠٨) ذلك لان المار أجنبي عن العربة ، وحل به الضرر من مس العربة له . وهو ليس بمالك لها فكيف يتحمل اضرارها ؟ وعلى العكس من ذلك فان صاحب العربة هو مالكها وهو فى صلة متينة مع عرّبه واتصال دائم معها وهو الذى يستفيد منها فعليه أن يتحمل اضرارها أيضاً . واذا كان الشيء فى يده ويملكه فعليه تحمّل ما ينشأ عنه نفماً أو ضرراً وسواء كان النفع أو الضرر راجعاً الى حادث جبرى أم لا مادامت الصلة قائمة بينه وبين الشيء .

٧٨١ — على أن أصحاب هذا المذهب لم يقرروا مذهب المسؤولية الشيئية على اطلاقه بل وضعوا له حدوداً وعينوا له مناطق اذا خرج عنها وجب عدم الاخذ بها ذلك أنهم قرروا ضرورة التفرقة بين حالتين هامتين . الحادث الجبرى (١) والقوة القاهرة (٢)

حالة الحادث الجبرى : قلوا بالمسؤولية فى حالة الحادث الجبرى . ويراد به ما يقع من الاضرار بسبب فعل الانسان نفسه بلا دخل للطبيعة فيه . فالحرائق التى تحدث للمحصولات من تظاير شرر من آلات القاطرة للقطارات تعتبر حوادث جبرية لانها غير ناتجة عن فعل الانسان مباشرة . ولا يمكن اعتبار مصلحة السكة الحديدية قد ارتكبت تقصيراً أى خطأ فى استخدامها للآلات القاطرة . ومع ذلك يجب اعتبارها مسئولة عن الحرائق هذه باعتبار انها نتجت بفعل ما تقوم به من الاستغلال لنفسها ، أى حادث ناشئ عن عملها بالذات . أى تسأل عما يصيب الغير من الضرر بسبب ما أشأته هي وأحدثه لتستغله . وذلك لان الغير لم يصدر عنه ما

يجعله يتحمل وحده ما نزل به من الضرر. لان الضرر حادث عليه وهو آت له من الاجنبى الذى يعمل لنفسه ليستفيد. والاجنبى هذا هو صاحب أداة الاستغلال فعليه مخاطرها وما ينشأ عنها من الضرر فى ذاتها أو الضرر اللاحق للغير بسببها

مادة الحوادث القهرى : يراد بالحوادث القهرى ما ارتبط بالطبيعة ولا دخل للانسان فيه. فاذا قامت عاصفة واقتلعت المكان الذى يعمل فيه العمال فلا مسؤولية على صاحب المكان لان الضرر لم يقع بفعله هو بل وقع بفعل الطبيعة وهى العاصفة وعلى ذلك فلا محل للاخذ في هذه الحالة بنظرية المسؤولية الشيئية

§ ٦ - فى نظرية المسؤولية الشيئية^(١)

٧٧٢ - قال الناقسون وهم خصومها انها تتعارض مع النصوص القانونية ومع العدالة^(٢) والمصلحة العامة^(٣) وقد انحوا باللائمة عليها فى موضعين

٧٧٣ - اولاً : فيما يتعلق بالمسؤولية الناشئة عنه الاشياء او عنه فعل الغير : قالوا إن القانون قال بافتراض التقصير فى بعض الاحوال وقد أدى هذا الافتراض من الوجهة العملية أمام القضاء الى نفس النتائج التى ادت اليها نظرية المسؤولية الشيئية ولكن لأجل القول بأن هذه الاحوال هى نفس المسؤولية الشيئية تماماً وسواء بسواء يجب ان يكون الشارع قد حظر على المسئول مدنياً حق الادلاء بالدليل العكسى فى انه لم يحصل تقصير من جهته . نعم ولو ان الشارع لم يبيح فى بعض الاحوال اقامة الدليل العكسى هذا الا انه أباح اقامة الدليل على عدم حصول التقصير فى الاحوال الأخرى الغالبة . اذ أباح للاب والام والمربي وصاحب الصنعة حق اقامة الدليل على انهم لم يستطيعوا منع حدوث الحادث الذى وقع من الاولاد وصية المدارس وصية الصناعة (المادة ١٣٨٤ مدنى فرنسى)

والرد على ذلك ما تضمنه البيان الذى أوردناه بشأن تفسير الفقرة الاولى من ثلاثة ١٣٨٤ وربطها مع المادة ١٣٨٥ . لأن الاولى قررت المسؤولية لمجرد حيازة

(١) كاتان ص ٣١٧ وما بعدها - بلايول : مقال هام منشوره بمجلة

سنة ١٩٠٥ ص ٢٨٨ (٢) équité (٣) intérêt social

الاشياء الجامدة . وقررت الثانية للمسئولية مجرد حيازة المهيوان ملكا وانتفاعا . ولم يبح الشرع اقامة الدليل العكسي الا في حالة اللاب والألم وللربى وصاحب الصنعة . ولم يبح في غير ذلك . وهو ما يدل على أن الإبلحة يجب أن تهمصر في الدائرة التي تعينت لها ، ما دام القانون يحد أن ذكر أحوالا عدة أهمل في البعض منها الدليل العكسي ولم يميزه في البعض الآخر

٧٧٤ — وقل الناقدون بأن المادة ١٣٨٦ مدنى فرنسى لم تقرر للمسئولية الناشئة عن تهمد المارة الا اذا كان التهمد ناشئا عن عدم القيام بصيانتها أو لعب شاب المارة عند انشائها . وان هذه المادة على هذا الاعتبار ، أى وهى بتلك القيود لا تؤدى الى القول بنظرية المخاطر سواء كان الضرر ناشئا عن على من الاعمال أو عن مجرد الملكية أى « مخاطر العمل ومخاطر الملكية »^(١) لانه في الواقع لا يفهم معنى لهذه التفرقة الآتية : اذا وقع حادث وأصيب منه شخص بسقوط منزل عليه وجب عليه اقامة الدليل على أن هذا السقوط هو نتيجة تهمد المارة . وأن سبب التهمد هو اما عدم الصيانة واما عيب لاصق بالمارة . فهو لا ينجح في دعوى التعويض إلا بعد تحقق هذه الفروض . ولكن اذا حصل لهذا الشخص حادث آخر بسبب اقبحجار آلة بخارية فنه لا يلزم بثبت أى شئ . خلاف الضرر وان هذا الضرر ناشئ عن الانفجار

والرد على ذلك ما قرره نفس جوسيران فيما لاحظته هو على مذهب سلى الذى قل فقط بمخاطر الحرفة . ذلك أن جوسيران قل يحق بأن للمسئولية يجب أن يؤخذ بها ليس فقط في حالة مخاطر الحرفة بل يؤخذ بها في كل حالة يملك فيها شيئا جامدا . أى أنه قرر في نظريته بالخطر المستحدث^(٢) ورجع في تقريرها الى القرينة القانونية القاطنة على لا قبل دليلا عكسيا ولاحظ بدقة ان هذه القرينة لا تستند الى نظرية الخطأ لانه لا يمتل الزام شخص بتعويض اذا ظهر بانه لا خطأ من جانبه للمرة . بل لاحظ ان القرينة القانونية القاطنة هذه انما تقرر التزاما بذمة صاحب الشئ . وهذا لالتزام قرره القانون بمحض رغبته

والفروع القانونية لهذا الالتزام هو المدالة . وقد بين جومران حكم الاخذ بالعدالة هنا .
لانه لا بد في الحادث الضار الذي وقع بلا خطأ أن يتحمل واحد من الاثنين بالضرر
فن الذي يتعده عدلا ؟ هل المار غير المالك للعربة والأجنبي عنها والذي لا تربطه
بها صلة ما ، أم المالك الذي يملكها وينفع بها ويركبها وينهب بها جيئة ورواحاً ؟
ولماذا يستفيد من نفعها ولا يتحمل ضررها ؟ أليست هي له ، والمار أجنبي عنها
وليست له .

٧٧٥ — وقال الناقدون بأنه اذا رجع الى قانون حوادث العمل الصادر في ابريل
سنة ١٨٩٨ بفرنسا فانه يلاحظ عليه هو الآخر بأنه مع عدم ابلحة الزام العامل المضر
باقامة الدليل على حصول التقصير، قرر التعويض جزافاً^(١) أى تقريراً عما يجتث يكون
التعويض دائماً أقل من قيمة اجرة العامل . وعلى ذلك يعتبر هذا القانون مسوّاً لحالة
العامل لا محسناً لها فيما اذا قيل بان قانون نابليون أراد سنة ١٨٠٤ تقرير نظرية
للمسئولة الشيعية . فاذا حصل اتجار لآلة بخارية وأصاب عاملاً بالمصنع وأجنبياً عنه
جاز للأجنبي المطالبة بمجموع التعويض ، بينما العامل لا يحصل الا على بعضه

وهذا التقدم من خصوم النظرية لا يمدح فيها . لانه اذا قيل بنقص في قانون
مخاطر الحرفة الصادر في ابريل سنة ١٨٩٨ فان ذلك النقص لا يرجع لنظرية المسئولة
الشيعية بالذات انما يرجع الى الطريقة التي اتبعها الشارع في تحرير التعويض . أى يرجع
النقص الى خطأ في تطبيق النظرية لا الى النظرية نفسها

٧٧٦ — ثانياً : فيما يتعلق بشرائط التقصير أو الخطأ في المادة ١٣٨٢ :
يقول خصوم نظرية المسئولة الشيعية بان كلمة « التقصير أو الخطأ » الواردة بالمادة
١٣٨٢ لم ترد على سبيل النص العرضي كما يقول أنصار المسئولة الشيعية ، بل وردت
على سبيل الاصل باعتبارها مقررّة لاصل من اصول المسئولة . على انه لو فرض بانها
وردت عرضاً فن المجازفة القول بان للنصوص العرضية في علم التشريع قيمة قانونية
أقل من اقيمة التي تتمتع بها النصوص الاصلية

ويرد على ذلك بان قول أنصار المسئولة الشيعية في أن السكطة المذكورة لم تزد

بالمادة ١٣٨٢ الا لاجل تعيين الجهة للمسئولة فقط (٧٥٩) قول رجع فيه الى اعتبارات
تربحية وإلى ما قام من الجدل في الازمان السابقة بشأن تعيين المسئول فقط

٧٧٧ - ثالثاً : فيما يتعلق بتفسير المادة ١٣٨٢ ، تفسيراً اجتماعياً :

يقول خصوم النظرية بان عدم اشتراط التقصير في التعويض أمر يكون من نتائج قتل
النخوة الشخصية عند الافراد وامانة النزعة فيهم نحو العمل والنهوض نحو السكال
المبني لكل فرد يعمل ويكسب في الحياة : الامر الذي يقضى على مزية الاعتبار
الشخصي^(١) الذي راعاه قانون نابليون في نصوصه . لانه اذا قيل بان الشخص يسأل
عما يصيب الغير من الاضرار بسبب فعله المشروع ، أى فعل هذا الشخص ، كان
في ذلك القضاء على كل عاطفة نحو العمل . نعم ولو ان توزيع الاضرار والمخاطر على
الناس أمر مرغوب فيه من وجهة العدالة ، الا انه يجب أن لا يكون من شأنه الانتيات
على حق الانتاج والمساس بمحصول العمل عند كل فرد يعمل ويكسب .

قد يكون من المحتمل أن يدرك الانسان أن الشخص المالك للاشياء يعتبر مبدئياً^(٢)
مسئولاً عما يحصل عنها من الاضرار . ولكن هذا محله فيما اذا كانت هذه الاشياء
خطرة بطبيعتها وانها تلحق الضرر بالغير . والتعليل في تقرير هذه المسؤولية الناشئة
عن الاشياء الخطرة ان استخدام الاشياء الخطرة في الأوساط الاجتماعية أمر يرجع
لحسب رغبة صاحبها ، فان شاء استخدمها وان لم يشأ فلا . فاذا استخدمها وجب عليه
تحمل الاضرار الناشئة عنها باعتبار ان الملكية تعتبر في ذاتها كاحتكار للشخص يجب
عليه أن يتحمل فيه خسائره بقدر ما يستفيد من منافعه

٧٧٨ - ولكن اذا قيل ذلك وكان حقاً فانه يجب عدم التوسع فيه والذهاب
بعيداً والا اعتبر الشخص في حياته الاجتماعية بأنه ملزم بالتأمين على حياة الجماهير^(٣)
ضد النتائج الضارة التي تلحق بالغير من جراء قيامه بالاعمال المشروعة حتى لو لم يثبت
تقصير من جانبه . وهل في مثل هذه الحالة ينصح الرجل في الحياة بان يلزم السكن
وان لا يعمل ؟ طبعاً لا بل يعتبر حق العمل في الحياة بالنسبة له كالفكرة القاهرة^(٤) أى

يفضل ولا ينال عما يقع للغير من المضار من عمله المشروع ، وتعتبر المضار في هذه الحالة قهرية يتحملها من أصيب بها الا اذا ثبت التقصير ، فانه في هذه الحالة يجوز للشخص المضار حق المطالبة بتعويض

والرد على ذلك ظاهر من نفس النقد . لأنه ليس الغرض من تقرير المسؤولية الشيعية قطع الطريق على العامل المجد الذي ينهب الارض نهباً في سبيل تحصيل المال من كل جانب . انما اذا كان الشخص يعمل ويعمل بحق في تحصيل المال ويكسبه ويتبناه فانه انما يتحمل في سبيل ذلك مجهودات مختلفة الانواع متعددة الاكثانه فهو يصرف وقتاً طويلاً ويدفع من جيبه مالا ، وينصب ويمرض ويستريح ساعات في اليوم ويوماً في الاسبوع وأياماً في السنة . ويحضر في أعماله ويكسب فيها . فاذا كان هو الذي يستفيد خاصة من مكاسبه بالكلام والعمل ، وهو الذي يتحمل خسائر البطالة في اليوم والاسبوع والسنة ، وبالمرض والخسائر التي وقعت عليه بالذات ، فلماذا لا يتحمل هذا النوع من الخسائر التي تلحق الغير منه هو وبسببه هو . فاذا ركب عربة وتواقتلت به وأصيب بضرر فحمل هو الضرر لانه وقع عليه بالذات والنفس . فلماذا لا يكون كذلك فيما اذا انقلبت العربة وأضرمت بمار بري ، ؟ أليس صاحب العربة هو هو بينه صاحبها اذا أصيب هو أو اذا أصيب الغير ؟ فلماذا يتحمل في الاولى بالضرر ولا يتحمل في الثانية به ؟ انه في الاولى يتحمل لانه لا يستطيع مطالبة نفسه بتعويض . أو اذا صح القول فان دينه له قبل نفسه ، والدين عليه قبل نفسه ، دينان يتقابلان بآحاد النعمة . فكأنه جمع بين صفى الدائن والمدين لنفسه وضد نفسه . أليس لهذه العدالة التي قال بها جوهر ان القول القاطع في هذا التعليل العلى في تحميل صاحب الشيء بضرر الشيء ، لانه لا بد من أن أحد الاثنين يتحمل الضرر . فمن هو الاخر يتحملة ، ومن هو الاخر بالافلات منه ؟ أأجنبي عن الشيء ولا صلة له به ، أم مالك الشيء وللتفجع به والذي تعود عليه وحده دون الاجنبي فوائده ؟ ان في تحميل صاحب الشيء بضرر شيء ليس من شأنه قتل النخوة عند أهل الجدة والعمل والا اذا صح هذا القول لصح القول أيضاً ان في تحمل أهل الجدة والعمل نتائج البطالة والمرض قتل نخوة العمل ؛ فهل قيل بذلك ؟ وان كان لم يقل فلماذا يقال في جانب دون الآخر والاصل واحد ؟

راجاً : وبما يستند للتصرون لمذهب المسؤولية التصيرية ، الى التعديل ابدال
فقرة الاولى من المادة ١٣٨٤ الماصل بقانون ٢ نوفمبر سنة ٩٢٢ ، ويدحضون به أى
أحباب المسؤولية الشيثية . كأن يقولوا مثلاً ، ولم نزل هذا القول بد ، إنما نقوله من
طريق افتراض وقوعه ، وم لا شك قائلون به غداً ، ان الشارع قد جاء وهمم القرينة
القانونية الناطقة المستفادة منها هذه الفقرة الاولى من المادة ١٣٨٤ . اذ قد ربهذا
التعديل بان عبء الاثبات في الخطأ عند حصول الحريق بقار أو بمتمول في حيازة
المائز ، يتحمل به مدعى التعميم . وانه اذا كان الشارع يريد حقيقة تقرر القرينة
القانونية الفاطمة التي يقول بها أنصار المسؤولية الشيثية قد قسم ظهرها بهذا التعديل بل
لكان بالعكس يعمل في تشريعاته على ما يؤيدها لا ما يناقضها
ولكن أنصار المسؤولية الشيثية لا يدمون دليلاً ترد به هذه الحجة . اذ ترى في
التعديل ما يؤيد النظرية لا ما يدحضها . لانه لو كان الشارع يريد دحضها حقيقة لما
كان يعمل على التشرع فيما يخالفها في نوع واحد وصورة واحدة من صورها وأنواعها
المتعددة المختلفة بل كان يأتي بنص علم يقتض به القاعدة من أساسها . أما رؤـ شرع
الاستثناء قطع في حلة الحريق دون غيره فهذا يقطع في انه أراد ابقاء القرينة القانونية
الفاطمة على ما هي عليه في غير الحريق . وربما كان للشيثيين في هذا الاستثناء دليل لهم
لا عليهم لان التخصيص في مكان التعميم فيه معنى التعميم

§ ٧ — المسؤولية الشيثية في عالم القضاء

٧٧٩ — ان القضاء الفرنسى لم يقرها بطريقة عامة ولكن أخذ بها في مواطن
عدة وذلك بفضل اصرار رجال الفقه وما كانوا يعملون به من نشر مذهبهم والافاضة
فيها بما يتفق مع طبيعة الضروريات الاجتماعية الحديثة . وسيزيد القول جلاء عند ما
نتكلم فيما بعد على نظرية المسؤولية بالنسبة للأشياء الجامدة
٧٨٠ — وكذلك القضاء المصرى قام لم يأخذ بها أيضاً ولكن يسير على
طريق الاخذ بها عن بعد . وسنمين ذلك في مكانه عند التكلم على الاضرار الناشئة
عن الاشياء الجامدة ، ونقد التكلم الآن على نظرية مخاطر الحرفة (ن ٧٨١)

§ ٨ المسئولية الشئئية والقانون المصرى

في نظرية مخاطر المرفة (١)

٧٨١ — رأينا ان النظرية الشئئية هي وليدة الحركة الاقتصادية العامة بالبلاد التي تمت فيها حركة الصناعة والتجارة وشاعت فيها الآلات البخارية والكهربائية بحيث أصبح من المتعذر ان لم يكن من المستحيل الاخذ بتاعدة المسئولية التي لا بد فيها من اثبات وجود خطأ أو قصير. وراينا كيف احتال رجال الفقه في فرنسا وبلجيكا في البحث عن موع قانونى لها مستقى من تقس مواد المسئولية. ولقد علمت الحركة التمهية اولا ينقل عبء الاثبات على عاتق رب العمل من طريق جعل المسئولية مسؤلية تعاقدية أساسها عقد العمل أو عقد ايجار الشخص باعتبار ان رب العمل استلم العامل سلبا فيجب عليه ان يردده لنفسه سلبا، أو باعتبار ان عقد الايجار هذا من العقود الحاضرة التي يجب فيها ان تشيع بحسن النية. بمعنى ان رب العمل مسئول في حالة اجابة الاشخاص عن الاشياء التي يسلمها لهم للعمل بها. فاذا أصابهم ضرر رجع ذلك الى الاشياء والى خطأ رب العمل في أنه لم ينتق الاشياء التي لا ضرر فيها فهو مخطئ الا اذا أقام الدليل على ان الضرر وقع بمحادث جبرى أو قهرى. ولما كان طريق الاثبات لديه عسراً فكان يلزم غالباً بما هو يرض

٧٨٢ — ولكن جوسران رأى أن هذا الدور الاول في خلق النظرية وازاها الى عالم القضاء والعمل دور مخفوف بالخاوف أيضاً. لان المسئولية التعاقدية هذه بين رب العمل والعامل لا بد فيها أيضاً من شرط الخطأ. وكل ما عولج فيها هو جعل الخطأ مفترضاً وجوده. فاذا ثبت عدم وجوده تحمل المال في النهاية الضرر. لذا عمل جوسران على جعل المبدأ القائل بوجود قرينة على الخطأ، على جعله قرينة قانونية غير قابلة للتدليل العكسى. أى لا يباح لرب العمل بثبات عدم الخطأ من جابه. ولكن لما لاحظ جوسران أن في ذلك باباً مفتوحاً لنقد السابقين باعتبار أن النظرية مع هذه القرينة القانونية غير القابلة للتدليل العكسى، نظرية تستند أيضاً الى

الخطأ القروض ، لما لاحظ ذلك ، أراد أن يوصد هذا الباب أيضاً ويسد للنافذ على النافذين وعمل على جعل أساس النظر لا يستند الى الخطأ بل الى شيء آخر وهو قاعدة الغرم بالغرم . ولذا أصبحت هذه النظرية بفضل جوسران وسالى لا ترجع في أصولها التكوينية الى الخطأ بل الى مخاطر الشيء ، بلذات ، أى أن صاحب الشيء يفرم من الشيء ، بقدر ما يفرم منه . والاماس الاول للنظرية العدالة . إذ ليس من العدل في شيء أن ينفع الانسان من ملكه فيما لا يتحمل اضرار ملكه . ويستأثر بالنفع ويحمل الغير الضرر

٧٨٣ — هذه النظرية فظرية المسئولية الشئية في دورها الاخير هذا مع بيان أساسها العلمى فى الرجوع الى الغرم بالغرم والى العدالة والإحاطة . هذه النظرية لم تجد لها سيلا سهلا للدخول منه الى القانون المصرى تشريماً وقضاء وقهراً

ولكن لما كانت النواميس الطبيعية لا تقاوم وكانت الجماعات المصرية هي الاخرى سائرة فى طريق التطور والنمو أخذت الحركة القانونية بشكلها المختلفة التشريعية والقضائية والفقهية تتأثر هي الاخرى بالرغم منها بهذا النمو الطبيعى القسرى . وقد بانت آثار هذا التأثير بالتشريع والقضاء والفقه

٧٨٤ — التشريع المصرى . إنه وان لم يوجد لأن قانون يحكى القانون الفردى الصادر فى ابريل سنة ١٨٩٨ الا أن الشارع المصرى لم يتدخل فى صمته وسكوته الى حد الانتفاع عن حماية الصناعات والعمال فى بعض للظواهر الحيوية الهامة . بل العكس ظاهر ، مثال ذلك :

١ — عمل الشارع المصرى على حماية صغار الاولاد الذين يشتغلون بوابورات خليج القطر فصدر قانون ٤ يوليوسنة ٩٠٩ رقم ١٤ وصادق به على اللائحة الموضوعة لهذا الغرض^(١) قضى بان لا يشتغل بوابورات الخليج من الاولاد من قل عمره عن تسع سنوات . وقضى بقيود أخرى تملق بنظام العمل وأوقلت العمل فى الليل والنهار

(١) انظر القانون واللائحة بمجموعة القوانين سنة ٩٠٩ من ١٠٦ - ١٠٩ . وانظر شرح هذا القانون وتلك اللائحة بكتاب الدكتور محمد سلطان *Le problème de l'apprentissage en Egypte et le rôle de l'enseignement technique*, 1917. p. 143 et suiv.

وترتيب المراقبين للاولاد واعداد دفتر خض لقيد الاصابات التي تحصل لهم وتنظيم الرقابة على تماذ هذا القانون وتقرير عقوبات لمن خالف القانون من مديري محلات الخليج واصحابها وجواز عقوبة والد الفتل ومراقبي الاولاد داخل معامل الخليج، وتقرير عقوبات ادارية أيضاً داخل المعامل على مراقبي الاولاد فيما اذا تعددت مخالقاتهم بان يلزم صاحب معمل الخليج بفصلهم عن العمل. وأجاز القانون المصادق على اللائحة لوزير الداخلية العمل بها في معامل أخرى غير معامل خليج القطن. ورغم ما في هذا القانون ولائحته من النقص في حماية العمال بما شرحه الدكتور محمد سلطان بكتابه المشار اليه فانه خطوة كبيرة في سبيل تسخيل الشارع في حماية العمال بما يعتبر في نظرنا تمهيداً لدخول نظرية المسؤولية الشيثية في القانون المصري

٢ - لما قامت الحرب العالمية وتأثرت الشعوب من أهوالها وبلغتها دعوة ولسن وشروطه الاربعة عشر وصل صدى هذه الحركة أيضاً الى مصر فقام العمال ينادون من كل ناحية بضرورة حمايتهم وضرورة تنظيم شئونهم. ولم تستطع الحكومة المصرية أن تقال ساكتة امام حركة عمراية كبرى فعلت على التوفيق بين العمال وأرباب الاعمال واصدر مجلس الوزراء قراراً بتكوين لجنة مميت بلجنة التوفيق في ١٨ اغسطس سنة ١٩١٩ جاء فيه « وبما انه من الضروري النظر في الوسائل التي من شأنها إيجاد حل لما يقع من خلاف بين اصحاب الاعمال وبين العمال، وبما أن الحالة تدعو الى إيجاد هيئة خاصة تبحث بروح التوفيق والمصالحة في كل خلاف من هذا القبيل الخ... »^(١)

٣ - صدر مرسوم ملكي في ١٥ يونيو سنة ١٩٢٢^(٢) قرر ضرورة اعطاء مرتب كامل للموظفين والمستخدمين الذين يصابون بجروح أو أمراض ناشئة عن تأدية وظيفتهم بالذات. وقرر هذا القانون بان وجهة نظره في تقرير هذا المرتب الكامل انما هو العدل. فإباح منح لجأة مرضية لمدة ستة شهور على شرط أن لا تكون الاصابة بسبب خطأ أو اهمال الموظف وأجاز مداهل الى ستة شهور أخرى أى يجوز

(١) راجع مجموعة القرارات والمفشورات سنة ١٩١٩ ص ٦١ - انظر كتابنا في اللدابات أو الاقتادات ج ١ ص ٨٤ (٢) انظر مجموعة القوانين سنة ١٩٢٢ ص ٦٣ وعرض على مجلس النواب المصري اقتراح بتشكيل لجنة برلانية بجانب اللجان الاخرى تسمى « لجنة العمال ». والاقتراح منظور على جملة البحث (جلعة ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٤)

منح اجازة مرضية لمدة سنة كاملة يتقاضى فيها الموظف مرتبه كاملاً . وفوق ذلك فانه يجوز لمجلس الوزراء مد السنة هذه لمدة سنة اشهر بلا مرتب ولا تختسب هذه الاجازات على كل حال ضمن الاجازات المرضية المنصوص عنها بمرسوم ٢٩ ابريل سنة ١٨٩٥

الا يرى من هذا القانون الذى رجع الى العدل ان فى تقرير اجازة يبلغ حدھا الاقصى ١٨ شهراً بمرتب كامل عن ١٢ شهراً وبلا مرتب عن ٦ أشهر في النهاية ، وفى تقرير ذلك لسبب الاصابات التى تحدث وقت القيام بالعمل وبلا خطأ واهمال للموظف - الا يرى فى ذلك كله أن هذا التشريع نواة حقيقة لنظرية المسؤولية الشبثية التى يقول بها جوسمران بوجه عام فى الاشياء الجامدة ، ويقول بها سالى بوجه خاص فى مخاطر الحرفة ؟

٧٨٥ - الفقه المصرى : لم تمر نظرية المسؤولية الشبثية حول البلاد المتحدية دون أن يستفيد منها المشتغلون بالقانون فى مصر . اذ أخذوا يبينون منافعتها من حيث انها تنفق مع حالة اقتصادية جديدة وأخذوا يشرحون أصولها وأدوار تطورها فى البلاد الاجنبية الاخرى ^(١) ورأى بعض الباحثين فيها الاخذ بنظرية القرينة فى الخطأ ^(٢) ورأى البعض الآخر عدم الاخذ بها لعدم وجود قانون خاص بمصر ^(٣) ولكن وافق القضاء على ما انتهجه هذا الاخير من المناهج التى من شأنها أن تعمل على التخفيف من قسوة نظرية المسؤولية التقصيرية ^(٤)

٧٨٦ - القضاء المصرى : لمخافى معرض القول عن نظرية المسؤولية الشبثية أو القضاء المصرى لم يشأ الاخذ بهذه النظرية ^(٥) ، ولقد غلا القضاء فى عدم الاخذ

Walton, le risque professionnel, étude de droit comparé, (Revue de (١)
Abd El-Hamid Mous- (٢) l'Egypte contemporaine,) IV, 1915, p. 244-216
Papha, de la faute objective comme fondement de la responsabilité civile et
de sa preuve, étude de droit comparé et de droit égyptien (Egypte contem-
poraine, t. VI, 1913, p. 535-560) . (٣) دى هلس

ج ٤ ص ٥٢ ن ١٠٨ و ٥٥ ن ١١٣ - ١١٩ (٤) دى هلس ج ٤ ص ٥٢ ن ١٠٨
و ص ٥٣ ن ١٠٩ - ١١٣

(٥) تقضى برفض التعويض اذا خلف الفرملجى garde-frein التواعد المقررة له واراد نقل لبالعربة اثناء سير القطارات: ٣١ ديسمبر سنة ٩٠١ ، ١٢ ، ٦٦ - وخفى بالتعويض اذا ثبت الخطأ من جانب رب العمل - واما كان خطأ فرداً ام مشتركاً : ٢ ابريل سنة ٩١٢ ، ١٤ ، ٢٠٧ - . وكما اذا املت السكة الحديدية الناية بالصيف فاصب عاملاً من جراء ذلك : ٣ يناير سنة ٩٠٦ ، ١٨ ، ٨٢ -

بنظرة مخاطر الحرة حتى قال بان من قبل الاشتغال بالعمل فهو يعلم مبلغ ما يحف العمل من الخطر ومع ذلك فلا يجوز له المطالبة بتعويض.^(١) ولكنه قل بأنه يجب النظر الى مبلغ تقدير العامل للخطر بقدر ما يفهمه هو^(٢). ومع عدم أخذه بها فانه أخذ بمعالج من شدة النظرية المعارضة لها بان قرر التزامات في عتق رب العمل يجب أن يفي بها نحو العامل. وان هذا التلطيف من جانب القضاء يحكي نظيره من جانب الشارع. وإذا كانت عوامل القانون الثلاثة التشريع والفقه والقضاء ترى التقرب منها من طريق التحايل على النظرية القصيرية من تقل عبء الاثبات تارة ومن تهرب التزامات بذمة رب العمل طوراً، ومن حماية صغار المعامل أخيراً، فان ذلك اشارة على أن هذا البنين سيخرج بعد حين الى عالم الوجود فيشب وينمو في جو التطور الاقتصادي والاجتماعي بما يضمن راحة طائفة العمال في نزاعها مع أرباب الاموال. وبذا يوضع حد لهذه الحرب القائمة بين المال والعمل وهي الحرب الاقتصادية التي تدخل فيها الشارع ولا زال يتدخل بحق لما في ذلك من الطمأنينة العامة

والآن نبين كيف عاجل القضاء نظرية المسئولية التقصيرية وأخذ فيها بما يقرب شيئاً فشيئاً من المسئولية الشبئية

ولكن القضاء يقول لا حق في التعويض لكل من يتقبل وظيفة في طيئها شيء من الخطر. ولا يفرق القضاء بين هذا الخطر الطبيعي الملازم للحرمة وبين الخطر الذي يحصل بفعل العامل. وقضى بذلك القضاء في حادثة عولجي داسه القطار وهو عمل في وظيفة: استئناف ٢ ديسمبر سنة ١٩١٣ م. ١٥٠١ ص ٤٥٠. استئناف ٢٢ يونيو سنة ١٩١٥ هـ ١٧٠ ص ٢٦ وحجة القضاء ان التعويض هنا خاضع لقواعد الاحكام العامة المقررة للمسئولية أى خطأ مادام لا يوجد قانون لعمال كما هو الحال بأوروبا. ويقول القضاء: لا يمكن الاخذ بمس المادة ١٥١ مدني على امثاله اذ من المبادئ المسلم بها قانوناً انه لا مسئولية بتعويض عن امر ناشئ عن قوة قاهرة او بالقضاء والقدر وان الشخص لا يمد مسئولاً الا اذا وقع من جانبه خطأ أو اعمل ترتب عليه ضرر لغيره أو لم يتخذ الاحتياطات الكافية لدرء الضرر: كلبي في ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ ص ٥٤٣ عدد ٤١٦. ولكن يلاحظ ما سبق ان اشرفاً اليه يقول القضاء المصري اخيراً لنظرية المسئولية اتصافية بين رب العمل والامل وان الاول ملزم بالتعويض وان عمل بعبء الاثبات: محكمة البيان الجزئية في ٢١ فبراير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ ص ٦٦٨ عدد ٥٠٤ (١) استئناف ٢ ديسمبر سنة ١٩١٢ هـ ١٥٠ ص ٤٩٦. و ٢٢ يونيو سنة ١٩١٥ هـ ١٧٠ ص ٢٦. ومجموعة عياشي ص ٣٥٥ ن ١٦١٣ (٢) ٢٤ ديسمبر سنة

٧٨٧ — يرى القضاء المختلط تحميل صاحب العمل بالتزامات كلما دعت ظروف خاصة لذلك والزامه بالمحافظة على عمله^(١) فإذا استخدم أولاداً صغاراً كان واجب العناية أشد وأعظم^(٢) وإذا استخدم عاملاً غير كفء أصبح مسئولاً أيضاً^(٣). وإذا جمل الطفل الصغير يشغل ليلاً أصبح مسئولاً عن الضرر الحاصل له إذا لم يأخذ الاحتياط له من عمل خطر^(٤) كذلك يسأل فيما إذا لم يحتط في تشغيل العامل غير المتبصر^(٥) وإذا اهل رب العمل ولم يحم بما يجب عليه من المحافظة على طريق السكة الحديدية من عبث العابثين في وضع أحجار أمام القاطرة كان مسئولاً عن إصابة العامل^(٦). ويجب عليه القيام برعاية العامل والعمل على حمايته من الاخطار الخاصة بالعمل وإن يعرف من قبل الأسباب العادية والممكنة التي تقع منها الاخطار^(٧) هذا فيما يتعلق بالمسئولية الشيئية من جهة مخاطر الحرفة. وسنرى بياناً آخر لها في غير مخاطر الحرفة أى من وجهتها العامة كما قرر ذلك جوسران

ج. — في المسئولية التقصيرية أو اللاتعاقدية

أو المسئولية الناشئة عن التقصير أو الخطأ

٧٨٨ — للمسئولية التقصيرية ركنان. الضرر والتقصير أو الخطأ

- (١) ٦ فبراير سنة ١٩٠٧، ١٩، ١٠٦، فيها إذا أقام القاتول سقاة لسمال ولم يجهدهما بالرقابة
(٢) فإذا اهل في أخذ الاحتياطات اللازمة أصبح مسئولاً عن الضرر الناشئ لسبب دوران الآلة
البطارية: ٣ يونيو سنة ١٩٠٦، ٨٠، ٣٠٣ (٣) ٤ يونيو سنة ١٩٠٦، ٨٠، ٣٢٤ (٤) ٢٣ مايو
سنة ١٩٠٠، ١٢، ٢٧٤ (٥) كما إذا اشتغل عامل داخل الاسطوانة في صنع الكباري واعدها
المائة ولم يبعث بتقدير مدبر العمل له في عدم الفشل فيشتغل ثم يموت. لأنه كان من واجب رب العمل
خدم ترك حرية العمل لهذا العامل: ٣ يونيو سنة ١٩٠٣، ١٥، ٣٣١. أو إذا ابتله للقاتول أكثر
من الوقت للنناد: ١٠ أبريل سنة ١٩١٣، ٢٥، ٣٥٠ (٦) والمامل هو سواق الوابور إذا
أوقف القاطرة بمهارة خاصة ترتب عليها إصابته بمرض عصبي يحول دون العمل. لأنه من واجب مصلحة
السكة الحديدية أن تجري من الرقابة على أعمالها بما لا يجوز أن يقل عما يحصل بأوروبا: ٣ يونيو سنة
١٩٠٣، ١٥، ٣٣٥ (٧) فإذا سقط عامل في وعاء تبريد البطر. le condéneur d'esine
ومات جاز لورثه مطالبة رب المصنع بتبويض: ٢٨ أبريل سنة ١٩٠٩، ٢١، ٣٠٧.

§ — الركن الاول : الضرر

١ . — ضرورة الضرر للتعويض

٧٨٩ — الضرر ركن لازم في المطالبة بالتعويض فحيث لا ضرر فلا تعويض مهما وقع من التقصير . فالوكيل الذي يقصر في القيام بما عهد به الوكيل لا يطالب بتعويض الا اذا ثبت فعلا وفي الواقع حصول الضرر له . فاذا لم يرفع الوكيل استئنافا في اليعاد القانوني وترتب عليه رفض الاستئناف شكلا فلا يطالب بتعويض الا اذا ثبت بانه اذا رفع الاستئناف كان من المحتم كسب الدعوى^(١)

واذا تسبب على خطأ المحضر سقوط دعوى النفقة بسبب عدم مراعاته للمادة ١٣ مرافعات فلا تلزم الحكومة بتعويض الا اذا ترجح لدى محكمة التعويض نجاح النفقة . وليس من اللازم عليها أن تتحقق من الوقائع التي تثبت تود حق النفقة ولا يجوز لها أن تفصل بنفسها في حقوق الاخصام في دعوى النفقة كما كانت تفصل فيها المحكمة الاهلية لو قنمت لها دعوى النفقة^(٢)

٢ — أنواع الضرر

٧٩٠ — والضرر نوعان : مادي وأدبي :

الضرر المادي : اما أن يلحق بمال الانسان واما بشخصه . وفي الحالتين يجب الحكم بتعويض

الضرر الادبي : كالذي يحصل بالتدفع . وكالذي يصيب الورثة من مزية التمتع بحياة مورثهم . وكالمساس بالعقائد الدينية .

وقد أثارت نظرية التعويض الادبي نثرة الشارحين فأبى البعض الاخذ بها لأن التقدير فيها لا قياس فيه أي أنه تقدير استبدادي . ولكن يجب ملاحظة أن في التعويض الادبي بعض العزاء لمن أصيب بالاضطراب الادبي ولا سبيل الى العزوة بغير هذا

(١) قارن ما مر في بقية ٢٨٢ مكررة ص ٢٧٠ فيما يتعلق بشروط المالب بالتعويض وراجع
د ١٩٠٣ ، ١٠٦٩ ، ومثال بوتييه Bouvier (٢) استئناف ٧ ابريل سنة ١٩١٠ م و ١١

الطريق وقد أباحت بعض الشرائع المأخوذة هذا النوع من التعويض بنص صريح (المادة ٤٧ من قانون الالتزامات والسيسرى)

وعلى ذلك اعتبر القضاء في الضرر الادبي مساعدا للحكم بتعويض^(١)

٢ - التعويض والضرر الحال

٧٩١ - يقضى بالتعويض بالنسبة للضرر الحال . اما اذا قضى به ثم تقام المرض

(١) ١٦ مارس سنة ١٩٢٢ ، ٣٤ ، ٢٤٠ - استئناف م ٢٠ ابريل سنة ١٩٢٢
ت ق ٤٠ ، ٢٢٥ (حكم بتعويض لاولاد المتوفى بسبب حرمانهم من تربيتهم لهم ومن منحهم له)
٢٩٦ ، ٩٠ - لم يحكم بتعويض للاخت مع ان المتوفى كان يمولها اما حكم للأُم التي كان يمولها
المتوفى . عكس ذلك : ١٠ ، ٢٩٢ أذ حكم للاخت بتعويض لان المتوفى كان يمولها وهو حكم
صحيح . وحكم برفض التعويض الذي يطالب به والد عند موت ابنه في حادث بالسكة الحديدية لان
الوالد يكتسب قليلا جدا وان الابن المتوفى كان يكتسب بمفرده . ١٤ ، ١٩٢ (اذا قضى لاختوات
بتعويض لانهن كن مقبات مع اخين في عيشة واحدة وكان هو العائل لمن . - استئناف ٧ مارس
سنة ١٩١٠ م ١١٠١ - والضرر الذي يلحق الام من جراء تمل ابنها الطفل ليس
اديا فقط هو مادي ايضا لانها تفقد بفقده عضوا يربتها المستقبل : استئناف ٣١ ماي سنة ١٩١٥
م ١٧ ، ١٠ ، ٢٥ ولها الحق في المداوية بالتعويض حتى ولو كان اطفال والد الطفل (الحكم المذكور)
٢١ - ٢١ مارس سنة ١٩٠٦ ، ١٨ ، ١٦٠ (حكم بالتعويض لآلين المتوفى نظير الضرر الادبي
والمادي . وقرر نفس الحكم بدم جواز الحكم بتعويض نظير الضرر الادبي الذي اصاب الزوج
والاب ! :) ومن طالع بدين سبق سداده والح في اطلب بمخاطبات وانقذارات اصبح مشغولا عن
تعويض الضرر المادي والادبي الذي يلحق المدعي عليه بسبب هذا التصرف : محكمة
فاندن بفرنسا ٢٠ يوليو سنة ١٩٢٣ (المحكمة ٤ ص ٤٩١ عدد ٣٨٩ - ويجوز طلب تعويضات من
الحاكم المدنية لسبب امتناع الزوج من معايشة زوجته وعن الضرر الادبي الذي لحقها من جراء
ذلك . ولا يشارف حكم اثنته من المحاكم الشرعية مع القضاء . بالتعويض من المحاكم المدنية لان
حكم التنفق بني على عدم قيام الزوج بواجب من عدة واجبات وهو واجب الانفاق على زوجته
: استئناف ٨ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ١٠٠٨ ص ٨٩ ويجوز المدالبة بالتعويض الادبي حتى لو كان
المتوفى يعيش في كنف المدعي يعترف عليه واجاز الزوج لثانية طلب التعويض من شريكها ومناعها
(دى هلس ج ع ص ٢٨ ، ٤٧) الا انه في مثل هذه الحالة الاخيرة يجب مراعاة ما وقع ايضا من
الزوج من الاهمال وعدم الحيلة والرعونة في عدم المحافظة على زوجه . وقد لا يقضى له تعويض ما
اذا تدبى هو في الجريمة (دى هلس ج ٤ ص ٢٩ ن ٤٧) وليس من الضروري في طلب التعويض
بسبب الوفاة في حادث ان يكون المدعي وارثا او ان يكون من طبقة الورثة الشرعيين بوجه عام
بل يكفي اثبات حصول الضرر الواقع فقط (دى هلس ج ٤ ص ٣٠ ن ٥٠) ويجب في التعويض
الادبي مراعاة الحيلة والذقة في الحكم ٥٤ فبراير سنة ١٩١٤ ، ٢٦ ، ٢٠٩ إذ جبكم برفض
التعويض لاختوات قصر من أم - ١٣ مارس سنة ١٩١٧ ، ٣٠ ، ٢٧٩ -

بحيث ترتب عليه ضرر بالغ جداً أو حصلت الوفاة جازت المطالبة بتعويض آخر (١١، ٢٣٥ - ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٤، ٢٥، ١٦ وراجع في التعليق على هذا الحكم مقالاً كتبته والتون^(١) بمجلة مصر المعصرية^(٢) مجلد ٦ سنة ١٩١٥ ص ١٢٢^(٣)) ولا يجوز الادعاء بقوة الشيء المحكوم فيه لاختلاف الموضوع في الحالتين. إذ التعويض في الحالة الأولى خاص بالضرر المعروف المعين الآن. وأما في الحالة الثانية فالضرر هو غير الضرر الأول. فإذا طالب من كسرت أصبعه بتعويض ثم مات بسبب الجرح جاز للورثة المطالبة بتعويض آخر. ويجب أن يكون سبب الضرر مجرد احتمال مستقبل وغير مؤكد^(٤) واعطاء علاوة للعامل يدخل ضمن التعويض إذا صار اخراج العامل في وقت غير لائق^(٥) ويجب أن يراعى في تقدير التعويض علم الاخذ بالقرض الظني كأن يراعى بأن المصاب كان سير في في عالم الحياة مثلاً^(٦) وإذا صار اخراج الموظف من الحكومة وسوى له معاشه فله الحق أيضاً في المطالبة بتعويض نظير اخراجه من خدمة الحكومة في وقت غير لائق لأن الموضوع في الحالتين غير واحد. إذ المماش في الحالة الأولى نظير المدة السابقة له بالحكومة. فللمماش يرجع لسبب تقاعدي بين الموظف والحكومة. وأما التعويض في الحالة الثانية فإن سببه هو الخطأ أو اللجنة المدنية من جانب الحكومة في اخراجه في وقت غير لائق^(٧) (نقض باريس ١٤ مايو سنة ١٩١٣ المحاماة ٤، ٥٨٨ عدد ٤٥١. وقرر هذا الحكم الاخير بأن المماش الذي يعمل لورثة العسكري الذي قتل في حادثة مصادمة قطار من قطارات السكة الحديدية لا يمنع من مطالبة مصلحة السكة الحديدية بتعويض الضرر الناشئ من قتل المورث لأن المماش شيء والتعويض شيء آخر وليس في القانون ما يمنع من الجمع بين التعويض والمماش).

٣. — التعويض والضرر المباشر

٧٩١ — ولا يقضى بتعويض الا بقدر الضرر الواقع فعلاً والناجم مباشرة عن الحادث. فإذا دامت سيارة شخصاً كان سائراً في الطريق للتوقيع على عقد بيع

(١) Walton (٢) Egypte contemporaine (٣) وراجع كتاب سوردا في المسؤولية ج ١ ان ٤٦٢ (٤) ٢٨ ايلول سنة ١٩٠٩، ٢١، ٣٥٣ (٥) ١٥ مايو سنة ١٩١٣، ٣٥، ٤٤٤ (٦) ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٣، ٣٦، ٥٨ (٧) الدوائر الخمسة في ٢ فبراير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ ص ٣٠٩ عدد ١٩٩ - م ر ٢٣١ ص ٢٤ عدد ١٦

رسمي صادر منه بشأن عقار مثلاً ثم مات الشخص ولم يتوقع البيع ونزل سعر العقار فلا يسأل صاحب السيارة عن الضرر الناشئ عن نزول سعر العقار . انما يسأل فقط عما يلحق الورثة من الاضرار بسبب وفاة مورثهم . كما انه لا يجوز للمشتري فيما اذا حصل عكس ما تقدم وزادت قيمة العقار أن يطالب صاحب السيارة بتعويض بسبب ما فاته من الضرر الحاصل من وفاة البائع وعدم تحقق الصفة . كل ذلك لان الضرر يجب أن يكون مباشراً (قرن نيزة ٢٨٤)

٧٩٢ — واذا حصلت الاصابة ولم يمت المصاب في الحال بل مات بعد الحادث بأيلم وبعد عملية جراحية فيسأل صاحب السيارة أيضاً عن الوفاة اذا تبين بان العملية الجراحية كانت ضرورية وعملت له بالاصول الفنية . أما اذا تبين بانها لم تكن ضرورية أو لم تعمل مع مراعاة القواعد الطبية ، أو ان الوفاة حصلت بسوء العلاج ، أو باهمال المصاب ففي هذه الاحوال كلها لا يسأل صاحب السيارة عن الوفاة انما يسأل عن الحادث ^(١)

٧٩٣ — وفي ذلك كله لا يسأل المسئول الا عن الضرر المباشر ^(٢) وان تكون الصلة قائمة بين الضرر والخطأ ^(٣) ويحسن بالقاضي ان يرجع الى العدالة في مثل هذه المسائل ^(٤) والى ما يوحى به رجحان العقل والتروى ^(٥) ويجب أن يكون بين الضرر والحادث ما بين السبب والسبب أو العلة والمعلول ^(٦) وان يراعى في تقدير التعويض ثروة المسئول وللركز الاجتماعي لطالب التعويض ^(٧) ويجوز الحكم بالتوائد وتعويض في آن واحد ^(٨) ويحكم بالتعويض على من تسبب في الضرر ^(٩) وذلك انه

(١) ولا نرى الاخذ بما سبق النقض ان قرره في حالة سوء العلاج بتحميل المسئول نتائج الوفاة . وحجة النقض ان المصاب لا يستطيع ان يسأل على النية بنفسه عن طريق الاستشارة بالاطباء الا بقدر ما يريح به وسطه الاجتماعي . (٢) دى هلس ٤ ص ٢٠ ن ٣٠ (٣) ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٢ ، ٢٣ ، ٢٤ (٤) دى هلس ج ٤ ص ٢٨ (٥) دى هلس ص ٢٢ ن ٣٢ في آخرها (٦) ص ٢٣ ن ٣٣ . واذا حصل احتراق سلك الكهرباء في الترواى ثم قفز راكب فكسرت رجله جازله مع ذلك المطالبة بالتعويض ٣٠ مارس سنة ١٩٣٠ ، ١٧ ، ١٩٣٠ (٧) يونيو سنة ١٩٠٩ ، ١٩ ، ٢٨٧ حيث تم بتعويض الزوجة التي طلقها زوجها بعد ان اعتنق مذهباً دينياً آخر (٨) ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٨ ، ٢١ ، ٥٠ في الاحكام الواردة به (٩) ٧ مايو سنة ١٩٠٨ ، ٢٠ ، ١٩١٠

حكم بتعويض على والد الزوج الذى سعى في عدم تنفيذ الوعد بالزواج الصادر من ابنة .
 ويهتبر سبب المسؤولية خطأ جنائياً أى غير تعاقبى^(١) ولا يعتبر خطأ تعاقبياً^(٢) حتى لو
 كان الضرر لم يقع منه مباشرة بل وقع من شخص آخر اما كان سببه الاول^(٣)
 ويجب في وقوع الحادثين أن تكون بينهما رابطة السببية أيضاً . وعلى ذلك
 اذا نسب الى سائق عربة جر الخطأ في أنه تسبب في حشر عجلة منها بشرط الترام
 ثم بعد ذلك برقع ساعة مر الترام قتل سائق العربة والحصان برقع نداء الناس للسائق
 وقنيبه الى الخطر وجب اعتبار الواقعتين مستقلتين وعلى الاخض اذا كان الترام
 مسرعاً . ولا تعتبر الواقعة الاولى سبباً للواقعة الثانية لان السببية بينهما قد زالت
 بهمال سائق الترام . وفي الحوادث التى تقع من هذا القبيل يجب ملاحظة التفرقة
 بين السبب المباشر القريب والسبب المباشر البعيد . فالسبب المباشر القريب لمادة من
 الحوادث هو السبب الذى وقعت المادّة منه مباشرة وترتبت عليه النتائج الطبيعية
 له . فاذا ظهر سبب جديد مستقل عن السبب الاول ولم يكن في استعادة التسبب
 الخطئى في حصول السبب الاول من العمل على تجنب السبب الثانى أو التنبؤ به ،
 ذك السبب الثانى أو الحادث الثانى الذى لولا الحادث الاول لما وقع الحادث الثانى ،
 وجب اعتبار الحادث الاول سبباً بعيداً^(٤) ليس له أثر قانونى على الحادث الثانى^(٥)
 والاصل التضامن بين الخطئين^(٦) ولا يجوز الرجوع لمن دفع التعويض على

(١) faute délictuelle (٢) faute contractuelle (٣) ١٣ أبريل سنة ١٩١٠
 ٢٦٠٠ (٤) couse remota (٥) حيث كان هناك سباق للسيارات فسقطت مخدة من السيارة
 الاولى فتشترت فيها السيارة الثانية ووقع الحادث أصبحت السيارة الاولى مشوّلة دون الثانية واعتبر
 أصحاب السباق مسئولين (٥) استئناف ١٥٠ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ت ق ٣٥ ، ٢٥
 وهو حكم هام (٦) ١٠ فبراير سنة ١٩١٥ ، ٢٧ ، ١٥٥٠ والبارق مسؤول بالتضامن مع الخفى من
 القطار الذى صار اخطاؤه صلا . ولا يسأل الخفى بالتضامن ولا ينفرد عما لم ينفذ . التخص ١٦ فبراير
 سنة ١٩١٨ م ١٩٠ ، ١٩٠ م ٧٠ ويؤخذ بالتضامن ولو لم يقض به الحكم لان التضامن هذا قائم به
 القانون نفسه بالمادة ١٥٠ / ٢١١ مدنى ولم يقل به المافى . دى جلى ج ٤ م ٢٢ ذر

الآخرين^(١) وكلا الوكيل والاصل مسئول عن المنحة وشبه المنحة اذا أقر
الاصل الوكيل في عمله^(٢) واذا حكم بالمسئولية الجنائية قولوا في مخالفة وطولب المحكوم
عليه بتعويض فلا يجوز له ادخال ضامن له لمخالفة ذلك للنظام العام^(٣) واذا كانت
العلاقة بين شخصين علاقة غير مشروعة وحصل لاحدهما ضرر فلا محل للتعويض^(٤)
واذا تسبب المصاب لنفسه في الضرر فليس له تعويض^(٥) ولا مسئولية على سواق الترام
اذا أُنذِر المار بالجرس أو النفير^(٦) ولا تسأل شركة الترام عن الضرر اذا وثب
أحد الركاب من العربيه حلة سيرها على أمر انزعاجه من الصوت والشرر الكهربائي
الناشئين عن ايقاف السيار الكهربائي دفعة واحدة بواسطة الجهاز الواقع الخاص المركب
على الآلة المحركة للترام والذي من شأنه ان يمنع الاحتراق . فان هذا الجهاز متى كان
متمتلا لا بد أن يحدث الصوت والشرر ويترتب على وجوده الوقاية من الحريق^(٧)

ودعوى التعويض التي يرفعها ورثة المقتول على القاتل بالتعويض تخضع لاحكام
المادة ١٥١ مدني وهي عين المطالبة بلدية المقررة بمادة ٤٧ بتحقيق جنابات والتي يرجع
فيها الى احكام الشريعة الاسلامية (كلية ١٧ أكتوبر سنة ١٩٠١ م ر ٤٠ ص ٥١)

٤. — التعويض والخطأ المشترك

٧٩٣ — يحصل أن يقع الخطأ من الجانبين، المسئول عن الضرر والجاني عليه.
فإذا اصطدمت سيارتان وهما سائرتان بسرعة تزيد عن الحد المقرر، اعتبر كل من السائتين
أولاً المالكين مخطئاً . وفي هذه الحالة يقدر التعويض لمن أصابه ضرراً أكثر بقدر ما ارتكبه
هو من الخطأ . ومع ذلك تعمل مقاصة في التعويض بين الاثنين ، باعتبار أن هناك

(١) أنظر مع ذلك ٢٧ ديسمبر سنة ١٩١٧ ، ٣٠ ، ١٠٨ اذ أتبع لصاحب العريضة الرجوع
بالتعويض على كاتب الدال ٢٤ مايو سنة ١٩٢٢ ، ٣٤ ، ٤٢٦ اذ أباح لشركة الترام الرجوع بما حكم
عليها بالتعويض على من كان مكثراً بمزاينة ورطية طلل داسه الترام وعمره أربع سنوات . . انظر
دي هلسر ج ٤ ص ٢٢ ن ٥٥ حيث أجاز رجوع من دفع على من لم يدفع بقدر نصيبه

(٢) ١٧ مارس سنة ١٩٢٠ ، ٣٢ ، ٢٠٢ (٣) ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٠ ، ٣٣ ، ٥٩ (٤) ٢ يونيو
سنة ١٩٢١ ، ٣٣ ، ٣٦٨ (٥) ٢٤ فبراير سنة ١٩٠٩ ، ٢١٠ ، ٢٠٦ . . ولكن اذا اشترك المستخدم
في الاضرار بقصد الحصول على زيادة المربح فلا حق في التعويض اذا اخرجه صاحب المحل لهيب
الاضراب : استئناف ١١ مارس سنة ١٩١٨ م ر ١٩ ، ١٠٦ . . دي هلسر ج ٣ ص ٢٣ ن ٤٦
و ٤٧ في باب اجزاة الاشخاص والاضراب (٦) ٢٧ مارس سنة ١٩١٢ ، ٢٤ ، ٢٣١
(٧) ١٠ يونيو سنة ١٩١٤ ، ٢٦ ، ٤١٤

نظرية الخطأ المشترك ومذهب «دموج» في نصف المسئولية ٧٣٣

خطأ مشتركاً^(١) وهذه النظرية أحوال عملية كثيرة يرجع فيها الى تقدير الواقع والظروف^(٢)

وإذا بادر أحد المتضاربين بضرب الآخر ثم ضربه هذا الآخر فلا حق للآخر بلطالبة تعويض. وكذلك لا حق لورثته في التعويض^(٣) والسبب في ذلك أن الأول مقيد ولولا اعتدائه لما وقع الضرر به. فليس له حق الطالبة بضرر تسبب هو فيه بنفسه. ويصح أن يقال أيضاً في هذه الحالة بالأخذ بنظرية الخطأ المشترك والمقاسة في التعويض باعتبار أنه «إذا تكافأت السيئات من الجانبين تساقطت». فلا يجوز للآخر أو ورثته مطالبة الثاني بتعويض. وكذلك لا يجوز لثاني أو ورثته مطالبة الأول بتعويض. وإذا استطاع المجني عليه منع وقوع الحادث ولكن لم يفعل بسبب يرجع اليه كخدر ابتلعه أخذ أيضاً بنظرية المقاسة في التعويض^(٤)

٥. — الخطأ المشترك ونظرية

نصف المسئولية و«دموج»^(٥)

٧٩٤ — يرى دموج أن الواقع في أغلب الحوادث^(٦) الضارة بالأفراد ما تنوعت

(١) *faute commune* - تتنافى م ٤ مايو سنة ٩٠ م - ف ٣٠ ٢٩٦٠ (٢) استئناف م ١٦ ديسمبر سنة ٩١ م ق ٤٠٠٠٤ - ٩ ديسمبر سنة ٩٠٨ ٢١ ٥٨٠ - ١٦ ديسمبر سنة ٩٠٨ ٢١ ٦٨ - ١٤ يونيو سنة ٩١٦ ٢٨ ٤٢٩ - ١٥ ديسمبر سنة ٩٢١ ٣٤ ٥٧ - ٢٩ نوفمبر سنة ٩٢٣ ٣٦ ٥٨٠ - ٢٠ يونيو سنة ٩١٧ ٢٩ ٥١١ - وما دام أن شركة الترام تخدم المصلحة العامة فمن الواجب أيضاً على الأفراد أن يعاوضوا ضرورة الالتفات إلى أنفسهم كما أن السواكين ملزمون أيضاً بالناية: ١٣ ديسمبر سنة ٩٢٣ ٣٥ ٩٣ - جزئي ٧ سبتمبر سنة ٩٠٧ م ر ١١٠١ ص ٦٥ إذ حكم بتوزيع التعويض على الحكومة وعلى الشخص الذي وضع حفرة على ذلك. بلا رحمة فإزالتها البوليس بلا حكم (٣) بنى سوف الكلية ١٩ يونيو سنة ٩٢٣ ٣٨ ٣٨ عدد ١٦ (٤) - ١٦ ٣٦ ديسمبر سنة ٩١٢ م ر ٤٠٤ ص ٦٥

(٥) - ١٠ دموج مدرس القانون المدني بكلية الحقوق بإريين إلى مصر في شتا سنة ١٩٢٣ والتي محاضرة بدار الجمعية الملكية للأحباء والاقتصاد السياسي والتشريع في ٣٠ نوفمبر سنة ٩٢٣ ونشرت بمجلة هذه الجمعية وهي مجلة *L'Egypte contemporaine* المجلد ١٤ ص ٥٦١ - ٥٧٢ تحت عنوان : Des bases de la responsabilité civile au point de vue législatif, spécialement en matière d'accident (٦)

صنوها يكون لكل من صاحب الشيء الذى صدر منه الضرر ومن المجني عليه حقه نصيب في الخطأ . يعني أن الضرر الذى وقع إنما عمل على إيقاعه الاثنان صاحب السيارة مثلاً والمصاب . لانه ان قيل بضرورة حماية الناس لارواحهم وانفسهم فانه من الضروري ايضاً أن يراعى بان تقدم المدينة يدعو الناس الى زيادة الحيطه لانفسهم . ولذا يرى « دموج » تقسيم التعويض مناصفة بين المالك والمصاب ^(١) الا اذا دلت قرياً وقائع الحادث على ما يخالف ذلك . ويلاحظ هذا المؤلف ان الشرائع الحاضرة لم تخرج في قوانينها الخاصة بعمال عن هذه القاعدة . وأن التشريع في حالة يدعو الى التشريع في الحالات الاخرى أخذاً بقاعدة الباربيجة المعروفة في عالم التطور والتغير . وتصبح دعوى التعويض حينئذ دعوى تسوية حساب بين الطرفين ^(٢) ويرجع في الحساب الى الخطأ البسيط والبسيط جداً الى الخطأ الجسيم . وان كان يترتب على توزيع المسؤولية مناصفة شيء من الارهاق بلافراد الا انه يتلطف هذا الارهاق بتقسيم التعويض مناصفة أولاً . وثانياً بما أن كلا من المالك والمصاب قد استغل مجهوداته ، الاول بملكه والثاني بتزده مثلاً واستفاد كل منهما من عمله فلا ضير عليهما لو اقتسما التعويض وتحملوا المسؤولية معا ^(٣) . ثم استعان دموج في تأييد نظريته باعتبارات أخرى ترجع لاصحاب الاموال المالكين لآلات المصانع والسيارات والطيارات ^(٤) والتأمين على الحياة ^(٥) والى تقرير نظرية مسؤولية الحكومة في غير خطأ أى في حوادث جبرية قهرية ^(٦)

٦. — الورثة والتعويض

أولاً — حق الورثة في التعويض

٧٩٢ — لا شك في أن للورثة حق المطالبة بتعويض نظير الاضرار المادية والادبية التى نالهم

انما اذا فرض وقرر للمورث حق المطالبة بتعويض في حال حياته فاذا يكون

(١) مقالة المذكور ص ٦٨ • (٢) règlement de compte (٣) مقال دموج ص ٦٩ •
(٤) مقال دموج ص ٧٠ • (٥) مقال دموج ص ٧١ • (٦) مقال دموج ص ٧٢ •

مضير هذا الحق بالنسبة للورثة؟ نرى أن التعويض إما خاص بمال المورث وإما بشخصه فإن كان الأول جاز للورثة المطالبة به بلا قيد ولا شرط. وإما أن كان خاصاً بشخص المورث كتعويض عن القذف فيه مثلاً فلا حق للورثة بالمطالبة به إلا إذا تبين أن الجاني عليه أبدى رغبته في طلب التعويض قبل الوفاة بأن قدم شكواه^(١) أو رفع دعوى بالمطالبة بتعويض. وفي هذه الحالة لا يجوز للمستول الزام الورث بأبواب الضرر الحاصل له شخصياً^(٢) لأن مبلغ التعويض يعتبر من ضمن التركة مادام أن المتوفى حقق هذا الأمل في التعويض بأن طالب به أمام القضاء. ويجوز لم أيضاً حق المطالبة بتعويض عن ضرر شخصي بالمتوفى إذا ثبت بأنهم قد أصيبوا هم الآخرون شخصياً بمثل هذا الضرر (دى هلس ج ٤ ص ٣٠ ن ٥١). وإذا أصيب الشخص بضرر شخصي يرجع لكرامته ولم يشأ رفع الدعوى والتبليغ بشكوى للجهة المختصة فهل يجوز للدائنين أن يجزوا ذلك بدلاً منه؟ لا يجوز لأن الضامن لديون الدائنين إنما هو مال المدين لا شخصه. إنما إذا رفعت دعوى التعويض وحكم فيها نهائياً جاز للدائنين العمل على تحصيل الدين لأن التعويض أصبح في هذه الحالة جزءاً من مال المدين لا تابعاً لشخصه المحض (دى هلس ج ٤ ص ٣١ ن ٥٤). أما إذا كان الضرر الحاصل للشخص يرجع لماله وليس له شأن بكرامته فلا دائنين الحق في العمل بدلاً عن مدينتهم. كما إذا حصل حريق مثلاً لمقار المدين ثم لم يعمل على المطالبة بتعويض فإنه يجوز للدائنين أن يعملوا بدلاً (دى هلس ن ٥٤ وراجع ما ذكرناه هنا في نبذة ٣٢٧ ص ٣٢٠ ثانياً).

ثانياً. — توزيع التعويض على الورثة

٧٩٥ — التعويض مقرر في مقابل ما دفع من الضرر. وإذا تعدد من حل بهم الضرر، تعدد الضرر في قيمته، أي تعدد التعويض. ولا يقضى بالتعويض إلا بقدر الضرر الذي عاد على اللص. فإذا قضى بتعويض جملة واحدة للورثة فلا يقسمونه بل يرجع إلى الانصباء الشرعية، لأن التعويض في هذه الحالة إذا كان غير متعلق بمال

(١) بنى سوف جنيح مسأله ٢ مارس سنة ١٩٢٢ بمجلة ٢ ص ٣٦٢ عدد ١١٥. ويترتب عليه شكوى أقوال الجاني عليه أمام المحقق (الحكم المذكور). انظر مع ذلك ٢٤ مايو سنة ١٩٠٥. ٢٩٦، ١٤. إذ قضى بأن التعويض شخصي محض فلا ينتقل للورثة إذا مات المصاب أثناء نظر الدعوى. وهو حكم غريب (٢) ١٣ مارس سنة ١٩١٨، ٣٠، ٢٧٩.

المتوفى بل بحياته وشخصه كالتقتل وغير ذلك لا يعتبر ضمن التركة إنما يعتبر ملكاً خاصاً بالورثة . ويترتب على هذه القاعدة الهامة ما يأتي :

١ - لا يملك دائنو التركة حق تقاضى ديونهم في مبلغ التعويض هذا (١١ فبراير سنة ١٩١٤ ، ٢٦ ، ٢١٨)

٢ - يوزع التعويض لا بل رجوع الى الانصبة الشرعية بل بل رجوع الى مقدار الضرر الذى أصاب كل واحد على حدة (١) فإذا ترك المورث ولدين و بنتاً وكان عمر أحد الابنين ٣٠ سنة والاخر ٧ سنوات والبنت ١٦ سنة أخذ الابن الاكبر تعويضاً أقل من الابن الاصغر لحاجة هذا الاخير للتربية . وأخذت البنت اكثر من أخيها الاكبر لحاجة الى الجهاز وغيره

٣ - إن مطالبة الوارث بالتعويض حق شخصى له لا يملك دائنه حق المطالبة به .
٤ - ان حق التعويض للوارث حق خاص به . وعلى ذلك لا يملك للصاب في حياته هو التصرف فيه تصرفاً ضاراً بالوارث . لان الضرر ولو أنه وقع على المصاب فقد وقع أيضاً على الوارث . فكلاهما ذو حق في التعويض لان كلا منهما قد أصابه ضرر وتولد عن الضرر حق . وأصبح حق الواحد متميزاً عن حق الآخر . وعلى ذلك اذا اتفق العامل مع رب العمل على تعويض عند حدوث الإصابة وعلى قدر هذا التعويض جاز لوارث العامل المطالبة بأكثر لانه ليس للمورث أن يفتات على حق الوارث بلذات (٢)
٥ - اذا حكم لبعض الورثة بتعويض فيجوز للآخرين طلب الحكم لهم بتعويض أيضاً بدعوى على حدة (٣)

٦ - الاتفاق على التعويض

٧٩٦ - يجوز للعاقدين الاتفاق على مبلغ التعويض مقدماً بالعتد . ويصح الاتفاق على نفي التعويض للمرة كما يصح الاتفاق على تحديده بأكثر أو باقل من حقيقته . ويقع ذلك على الاكثر في عقود النقل والبحر بين صاحب الشئ وأمين النقل . ويقع كثيراً في مجال العمل بين الافراد و مصلحة السكة الحديدية وبينهم ومصلحة البريد . هذا ولحرية الاتفاق على التعويض أصول لا بد من مراعاتها :

(١) ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٤ ، ٣٦ ، ٥٨ (٢) استئناف ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م
ق. ٢١٠ ، ٩٣ وهو حكم هام (٣) استئناف ١٣ يناير سنة ١٩١٤ ر. ١٥٠ ، ٧٣

أولاً — الاتفاق على التعويض جائز سواء كان الاتفاق منصرفاً الى عدم التعويض بالمرّة أو الى قليل التعويض وتقديره بمبلغ معين من قبل . وكل هذا معقود بما يتعلق بمصلحة الافراد . أما ما يخص النظام العام فهو باطل . وعلى ذلك يصح الاتفاق على نفي التعويض أو تخفيفه في حالة القوة القاهرة . ولكن لا يصح اذا حصل الضرر بسبب غش أو تدليس أو جريمة وقعت مثلاً من عمال مصلحة السكة الحديدية أو غيرهم . فلا يصح في هذه الحالة الشرط القاضى بنفي التعويض أو تخفيفه^(١)

ومصلحة السكة الحديدية لأتمّة خاصة بأنواع النقل . والمادة ٢٥ منها تقضى بأنه في حالة النقل في قطارات الركاب وهو ما يسمى بالنقل السريع^(٢) اذا حصل تلف أو ضياع للبضائع تعينت قيمة خاصة للتعويض . ومثل هذه المادة صحيح في غير حالات السرقة . والا وجب الاخذ بالمواد ٤٨٩/٥٩٨ مدنى و ٩٧/١٠٢ تجارى . ولهذا المصلحة سعر خاص في بعض الاحوال وهو مخفض عن الاسعار الاخرى^(٣) فاذا رضى به المرسل وضاعت البضاعة لأى سبب كان حتى ولو كان سبب ضياعها بخطأ المصلحة كان الضياع على المرسل لانه يعتبر أنه أمن على البضاعة بنفسه ولبنفسه ، الا اذا أثبت بان الضياع بسبب السرقة أو بسبب خطأ جسيم لعمال المصلحة أو غش أو إهمال^(٤) واثبت الضياع بالسرقة أو الخطأ الجسيم على صاحب البضاعة . وأما المصلحة الحديدية فلن تثبت شيئاً أزاء الشرط المأخوذ بورقة الشحن . انما لها أن أن تنفى ما يثبت ضدها . وعند حصول السرقة أو الخطأ الجسيم لا يرجع في تقدير البضاعة المسروقة الى السكة الحديدية وما قرره بلوائحها^(٥)

(١) ٨ يونيو سنة ١٩٢٢ ، ٣٤ ، ٤٧٤ و ٣٥ و ١٣٨ (٢) à grande vitesse

(٣) risk note (٤) ١٦ ابريل سنة ١٩٢٢ ، ٣٤ ، ٢٩٨ ، ١٩ ابريل سنة ١٩٢٣ ، ٣٥ ، ٣٨٦ . استئناف ٢ مايو سنة ١٩٢٢ الحملة ٣ ص ٢٩ عدد ١٢ . محكمة اكس بفرنسا في ٢٢ مارس سنة ١٩٢٣ الحملة ٤ ص ٣٩٠ عدد ٣٢٢ . ١٥ مايو سنة ١٩٢٠ ، ٣٢ ، ٣٢٠ . ١١ يونيو سنة ١٩١٩ ، ٣١ ، ٣٤٠ . استئناف محكمة روين ٦ نوفمبر سنة ١٩١٦ ص ، ٢٩٠ ، ٢٩٠ ، ٢٩٠ . ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٠ ، ٣٣ ، ٩٨ . استئناف ١٠ فبراير سنة ١٩١٠ م ر ا ، ١١ ، ٢٤٥ و المادة ٢٥ من لائحة نقل الركاب والبضائع والحيوانات الصادرة في ٢٠ مايو سنة ١٩٠٣ . جزئي ٤ يناير سنة ١٩٢٠ م ر ا ، ٢٣ ص ٣٢ عدد ١٩ (٥) ٢٤ مارس سنة ١٩١٥ ، ٢٤ ، ٣٤١ . محكمة الموسكى الجزئية في ٢٣ فبراير سنة ١٩١٩ جريدة الاهرام عدد ٢٦ أغسطس سنة ١٩١٩

ويصدق ما تقدم أيضاً على مصلحة الميراث (١) تطبيقاً للذكرين ٢٩ مارس سنة ١٨٧٩ بشأن الخطابات الضائعة والتمويض المقدر يبلغ ٢ جنيه إذا كانت مسجلة إلا إذا حصل غش أو تدليس (٢)

٨. — في دعوى التعويض

٧٩٧ — دعوى التعويض دعوى شخصية ومنقولة (٣) وتوجه ضد الشخص نفسه أو ضد تركته في مواجهة الحائزين لها وهم الورثة (٤) وإذا أصيب جملة أشخاص في حادث واحد جاز لكل للطالبة معاً بالتعويض أو جاز لكل فرد الطالبة على حدة ولا يعتبر الحكم الواحد حائزاً لقوة الشيء المحكوم فيه بالنسبة للأحكام الأخرى لاختلاف الموضوع لأن التعويض في الدعوى الأولى مثلاً إنما يرجع في سببه إلى الضرر الذي وقع للصاب. وهذا الضرر هو غير الضرر الذي لحق مدعياً آخر حتى لو كانت الإصابة في موضع واحد في الاثنين. فإذا لرفضت الدعوى الأولى لعدم صحة أسباب التعويض فلا يجوز الحكم بقوة الشيء المحكوم فيه (٥) والامر على خلاف ذلك فيما إذا قضى في الدعوى الأولى جنائياً لأن الأحكام الجنائية لها قوة الشيء المحكوم فيه لدى المحاكم المدنية كما سيتبين في مكانه في باب الأثبات

§ ٢ — الركن الثاني للمسئولية التقصيرية

وهو التقصير أو الخطأ

٧٩٨ — للتقصير عاملان: الإدراك والعمل المكون للتقصير ذاته

١. — العامل الأول : في الإدراك

٧٩٩ — يراد بالإدراك في التقصير أن يكون المتقصراً ملماً بما يعمل (٦) أى أهلاً

(١) ١٥ فبراير سنة ١٩٢٣ ، ٣٥ ، ٢٢٩ (٢) ١٨ مايو سنة ١٩٠٧ ، ٢٥٥ ، ١٩٠

(٣) action personnelle mobilière تميزاً لها عن الدعوى العينية العقارية (٤) دى

مجلس ج ٤ ص ٢٧ ، ٤٣ (٥) دى مجلس ج ٤ ص ٢٨ ن ٤٥ (٦) imputabilité

للتمييز^(١) فإذا وقع الضرر من صبي غير مميز بسبب سته أو جنونه أو سكره (سكره فعل الغير لا بفسله) فلا مسئولية عليه سواء كان من الوجبة الجنائية أو المدنية^(٢) وأصل هذه القاعدة مقرر عند الرومان وقال بها أحد مشترعيهم أولمبيان^(٣) ونقلها عنه بوتييه وأخذ بها القضاء الفرنسي . ولم ترد بقانون نابليون^(٤) ومع ذلك فقد وردت به المادة ١٣١٠ القائله بأنه لا يجوز مطالبة القصر بمقابل ما وقع منهم من الجرح وأشياء الجنح^(٥) . ونص عليها الشارع المختلط في المادة ٢١٢ مدني ولم ينص عليها الشارع الاهلي في المادة ١٥١ .

أما القول بالامسؤولية بالنسبة لغير المدرك بسبب سته أو بآي سبب آخر فقد أثارت قد الناقدين . وقرر القضاء الفرنسي أيضاً عدم الاخذ بها في بعض المواطن اذ حكم بالتعويض عند عدم الادراك الناشئ عن ادمان التسبب في الضرر في شرب الخمر أو عن جنونه الناشئ عن الافراط في تعاطيه لإلهاها أيضاً^(٦)

ولقد كان لقد الناقدين أثر ظاهر في التشريع . اذ أباح القانون الالماني للمادة ٨٢٩ جواز الحكم بالتعويض اذا تأذت العدالة من عدم الحكم به وعلى شرط عدم امكان مطالبة الموكل اليه أمر مراقبة غير المدرك بالتعويض وبحيث لا يكون من شأن الحكم القاء غير المدرك في حالة عوز وعدم . وأباح مثل ذلك أيضاً أو ما يقرب منه قانون الالتزامات السويسري للمادة ٥٤^(٧) على اننا نرى أن التشريع على هذا النحو من ترك الحرية للقاضي في الحكم بالتعويض أو عدم الحكم به اسلوب غير مألوف لأن الشارع بهذه الحالة يكون قد أخذ بنظرية مسئولية غير المدرك وأخذ أيضاً وفي آن واحد بعدم مسئولية .

قلنا إن الشارع المختلط قرر الاخذ بعدم المسئولية في المادة ٢١٢ مدني ولم يقررها الشارع الاهلي . فبماذا يفسر هذا السكوت ؟ هل يفسر بان الشارع لم يرد تقرير هذه النظرية ؟ أم انه أراد تقريرها ضمناً حيث اراد بالسكوت الرجوع الي القضاء الفرنسي

(١) capable de discernement (٢) كابيتان من ٣٧٤ ن ٣٦٠ Ulpian (٣) Pothier (٤)

(٥) كابيتان من ٣٧٤ (٦) بلائيول من ٢٨٦ ن ٨٧٩ والمباش ٣ (٧) كابيتان من ٣٧٥

(٨) كابيتان من ٣٧٥ - بلائيول من ٨٨٧ ن ٨٨٠

والنص الصريح المخطئ؟ أنه من المجازفة في القول بعدم مسئولية القاصر، من جانب الشارع، في حالة سكوته عن قتل المادة ٢١٢. لانه ما دام الشارع لم ينقل هذه المادة فلا يمكن أن يقال بأنه قرر اللامسئولية. على أن القضاء المصري يجرى على الاخذ باللامسئولية وهو في ذلك يرجع الي اركان المسئولية والي أركان الخطأ باعتبار أنه لا يكون هناك خطأ الا اذا كان هناك ادراك لدى المخطئ ولم يرجع في ذلك الي نص تشريعي^(١). هذا فيما اذا كان القاصر غير مدرك اما اذا كان مدركا لما يعمل فهو مسئول^(٢) ولكن الادراك منتف عنه بحكم القانون الجنائي اذا لم يبلغ السابعة من عمره فلا يسأل جنائياً عما يعمل (المادة ٥٩/٦٢ عقوبات. وهذه الاخيرة لم تحدد سناً للتمييز)

٢. — العامل الثاني : العمل المكون للتقصير ذاته

أولاً. — في التقصير أو الخطأ من حيث هو

٨٠٠ — للشارحين المصريين ثلاثة آراء فيما يتعلق بالتقصير أو الخطأ

الرأي الاول : رأى كولين ولبنتان^(٣) : لم يبين القانون ما للتقصير ولم يضع له تعريفاً معيناً . والفهم من التقصير أو الخطأ^(٤) على العموم هو عدم قيام الانسان بما كان يجب أن يقوم به وعدم عمل ما كان يجب أن يعمل . ولا بد من ايجاد مثل يحتذى به لاجل المقارنة . اذاً يجب مقارنة القصر بالرجل العاقل المتبصر في أمره . فاذا وقع من القصر ما لا يقع عادة من الرجل المتبصر في أمره اعتبر ذلك تقصيراً^(٥) كما قال به الرومان

وفي الاحوال التعاقدية اعتبر المثل الذي يقارن به هو رب العائلة العاقل^(٦)

(١) جزئياً ٢٢ يناير سنة ١٩١٨م ١٩٠١م ١٣٣ (٢) ويجوز للمحاكم الجنائية ان تحكم مديناً بالتقصير على القاصر بدون اختمام في شخص وليه : استئناف ٢٧ مايو سنة ١٩٠٧م ٨٠ ٢١٦ -
التقضى المصري ١٩ مايو سنة ١٩١٧م ١٨٠ ١٥٦ . (٣) ج ٢ من ٣١١ والحاشية ٦ في المراجع (٤) faute (٥) culpa (٦) un bon père de famille

أى رب العائلة التى يقوم بشئون أسرته بالعناية العادية التى يقوم بها فى المادة أغلب الناس . وهو ما قال به الرومان

ولكن ما القول فى الاحوال غير التعاقدية ؟ فهل يجعل محل القارة قس رب العائلة القائم بأمر أسرته أم ماذا ؟ لم يشأ مشترعو الرومان ان يأخذوا فى هذه الحالة بمثل رب الاسرة . بل قالوا بأنه يجب أن يكون المسئول مدنياً فى هذه الحالة قد أظهر نشاطاً أكثر وعناية أكبر مما يلحظ عادة فى رب الاسرة . أى أنه يجب فى الانسان ، حتى لا يضر أحداً بعمله ، ان لا يكون قطعاً على قسط وسط من الذكاء والفهم بل يجب ان يكون فوق ذلك على قدر عظيم من التبصر والالتفات ، والا اعتبر بأنه مقصر أو مخطئ أى مسئول

٨٠١ — ويقول المؤلفون المعاصرون بان العمل جار الآن على ما قرره الرومان أنفسهم . لانه لا يسأل الانسان فى الوقت الحاضر الا اذا ثبت بأنه لم يتم كما يجب أن يقوم به رجل مهتم بأمره ولم يتخذ فى عمله الاحتياطات التى يلجأ اليها الرجل المتبصر . هذا ولا يخفى أن هذا التقدير فيما يتعلق بدرجته الميطة وأنواع العناية يرجع الى كل عصر وما عرف به من التقدم والرقى

٨٠٢ — **الرأى الثانى : رأى لبني** ، الاستاذ بكلية ليون فى فرنسا ^(١) وهو الرأى القائل بالثقة والمقيدة الشرعية المخدوعة ^(٢) ذلك أن الناس فى حياتهم المدنية فى حاجة الى الثقة بعضهم البعض : أى أنه من الواجب على كل واحد أن يعمل نحو الآخر بحيث لا يخدع هذا الآخر فيما وقرق به فى شخص الاول . وعلى ذلك تحمل المسئولية اذا خدعت هذه الثقة . هذا هو الشكل الاول لهذا الرأى . وأما الشكل الثانى المقابل له فهو أن كل انسان فى حاجة الى الثقة بنفسه وهو يعمل فى الحياة وإلا تمطلت لديه وسائل الحياة . وهذه القاعدة الثانية ملطعة للقاعدة الاولى . ومن أمثال ذلك رجال الفن فانهم فى حاجة الى الطأينة الناشئة عن الثقة بأنفسهم كالطبيب والحامى وغيرهما ، فإذا لم يعملوا وهم على هذا الاعتبار شلت حينئذ الحركة الاجتماعية العامة

(١) انظر مقالنا بحجة للشرائح الستة السادسة ص ١ - ٢٤ تحت عنوان فى اقامة الدعوى المومية من قبل حكمة الخنايت وعلى الاغنص ص ١٨ و ١٩ (٢) *confiance légitime trompée*

٨٠٣ - فالمحامى : يعتبر ولي أمر صاحب الدعوى ^(١) أو هو سيد الدعوى وزعيمها ^(٢) وهو لا يسأل عما يدلي به من آيت النصح والارشاد ما دام أنه مدفوع في ذلك بمحض الرغبة في الاخذ بالدعوى في طريق مأمون المخاوف والمخاطر، وحسن النية رائده . فاذا نتج عن نصحه ضرر بالدعوى أو سار فيها بأحد المبادئ القانونية المتأخوذ بها فلا لوم عليه . اما اذا أخطأ في تقدير الدعوى تقديراً قانونياً بما لا يصح أن يصدر ممن يتولى أمر الدفاع بين الناس فقد حق التويض ولا محالة ^(٣)

٨٠٤ - والطبيب : لا يسأل إلا اذا وقع منه خطأ جسيم ^(٤) ولا يجوز للمحكمة أن تتدخل في تقدير المسائل العلمية ^(٥) ولا مسئولة اذا كان الخطأ خفيفاً ^(٦) ولا يسأل الطبيب عن الخطأ في تشخيص المرض اذا حصل ذلك بحسن نية ^(٧)

ويقول أقصار الرأى الأول بأن هذا الرأى الثانى ينتهى في الحقيقة الى رأيهم
٨٠٥ - الرأى الثالث : رأى بلانيول : يعرف بلانيول التقصير أو الخطأ بأنه عمل غير مشروع ^(٨) أى عمل محظور قانوناً . ويلاحظ أصحاب الرأى الاول ان هذا التعريف لا يعتبر تعريفاً بل تحصيل حاصل لانه لم يعرف ماهى الاعمال غير المشروعة . لانه اذا كان من السهل معرفة الاعمال المحظورة جنائياً فليس الامر كذلك فيما يتعلق بالاعمال المدنية أى الجنبح المدنية وكثير من الاعمال المدنية بما لا يقع تحت طائلة القانون الجنائى

٨٠٦ - ولكن بلانيول في قوله بأن التقصير هو عمل غير مشروع زج

(١) patron du client (٢) dominus litis (٣) ٥ ابريل سنة ١٩٤٠ ٢٤٥٠٦٠
(٤) محكمة روان بفرنسا ٢١ ابريل سنة ١٩٢٣ الخامة ٣ ص ٥٥٠ عدد ٤٦٨ (وكان الطبيب جعل عملية جراحية لمرضة وصف مرضها خطأ بأنه ورم بالرحم فتبين عند اجراء العملية انه نتيجة الحمل فاخرج الجنين وماتت المرأة - فحكم عليه بأنه قتل تمساً خطأ) - ٣ فبراير سنة ١٩١٠ ١٢٠٠٢٢
ويجوز تبين خير (٥) ١٥ فبراير سنة ١٩١١ ١٨٣٠ ٢٣ (٦) ٢٩ فبراير سنة ١٩١٢ ٠ ٢٤ ١٦٦ (٧) استئناف ١٦ ابريل سنة ١٩٢١ م ر ٢٣١ ص ٨٤ عدد ٥٣ - كتاب ضروردا في المسؤولية ج ١ ان ٦٧٦ و ٦٧٧ (٨) acte illicite

في ذلك إلى أن العمل غير المشروع هذا هو عبارة عن مخالفة التزامات مقررة في ذمة المقتصر من قبل^(١) أي لا يعتبر الانسان مقصراً أى مرتكباً لعمل غير مشروع الا اذا كان ملزماً من قبل بالتزام خاص. وكما أن الانسان لا يتبر مقصراً في الاحوال التعاقدية الا اذا خالف التزاماً قرره القعد، كذلك في الاحوال غير التعاقدية لا يعتبر مقصراً الا اذا خالف التزاماً قرره القانون

ويرى بلانيول الرجوع في تقرير هذا الالتزام السابق الي الاحوال الاربع الآتية: (١) يجب أن يتمتع الانسان عن الايذاء للغير في نفسه وفي ماله — (٢) يجب أن يتمتع عن كل غش وتدليس. (٣) يجب أن يتمتع عن القيام بالعمل الذي يزيد عن حد طاقته (٤) يجب أن يعني الانسان العناية اللازمة في ملاحظة الاشياء والاشخاص الموجودين تحت رقبته^(٢)

ولكن يلاحظ أنصار الاول أن القول بالرأى الثالث هذا لم يقدم النظرية خطوة ما الى الامام لانه لم يبين ما هي الاعمال غير المشروعة المحظورة بالقانون، وهي الاعمال التي لا اعداد ولا حصر لها في مجال العمل

ثانياً. — في المظاهر العملية للخطأ أو التقصير

٨٠٧ — للخطأ أو التقصير من المظاهر العملية في مجال الحياة صور شتى وأشكال مختلفة. وسواء أخذ فيها بمذهب كولين مع كابتان أو بمذهب ليفي أو بمذهب بلانيول فانه لا بد من التعويض. ووجه عام يحل التعويض اذا وقع الضرر من الشخص بلا مسوغ. وللسوغ أما أن يزع نص القانون بالذات أو للاعتبارات الاجتماعية الاستفادة من ضروريات الحياة. والامر في ذلك متروك للقاضي من حيث التقدير للظروف والمسوغ

٨٠٨ — الخطأ والاهمال وعزم الامتناع: والامر في ذلك كما قلنا متروك لتقدير القضاء. فاذا انشئ مكان البناء بجانب مساكن أخرى وترتب عليه نقص في ايجارات هذه المساكن وقيمتهما أصبح منتهى المحل مشغولاً والمستأجر منه أيضاً

(١) obligations préexistantes بلانيول ص ٢٧٥ ن ٨٦٥. (٢) بلانيول ص ٢٧٥

ن ٨٦٥. — راجع مقالاً مأخوذاً للبلانيول بمجلة Revue critique سنة ١٩٠٥، ٢٧٢ — ٢٩٧

ويتضامنان إذا كانا يملكان معاً . ولا يجوز لاحدهما الرجوع على الآخر ^(١) والتاجر الذى يعطى بيانات غير صحيحة للغير وهو يعلم بذلك وترتب عليه ضرر بمن أعطيت ضده يصبح مسئولاً ^(٢) وإذا أعطى العمد والشايع يائلت من طريق التنوير عن الملكية لشخص معين ثم استحق للبيع كانوا مسئولين أيضاً ^(٣) ومصلحة السكة الحديدية مسئولة عن الحريق الحاصل بإحدى عربات القطار لوجود مادة ملتهبة بها لم تضع المصلحة عليها غطاء ^(٤) وهى مسئولة عن عدم أخذها الاحتياطات لمنع الخطر ^(٥) وإذا لم تحتط وترتب على ذلك سحب بوليصة الشحن بالغش ووقوع تزوير على الغير حسن النية جاز لهذا الأخير مطالبتها بتعويض ^(٦) ولا يسأل المصرف المالى عن صرف تحويل ^(٧) زور . إذا كان صاحب دفتر التحويل قد أهمل في المحافظة عليه ^(٨) الا إذا أثبت خطأ المصرف ^(٩) وشركة المياه مسئولة عن الضرر الناشئ من تسرب المياه الحاصل بسبب كسر الانابيب لعدم متانة اتصالها بالانابيب العامة ^(١٠) وللغرض انها مخطئة لان الاصل انها ملزمة بالمحافظة على تصريف المياه ^(١١) وإذا نشرت صحيفة تلفراً لشركة تلفرات بدون اذن من هذه الاخيرة وقبل أن يصبح عمومياً جاز الحكم بالتعويض ^(١٢) وإذا باعت الحكومة مدافع قديمة لاجل قطعها وأهملت فحصها قبل بيعها ثم انفجرت منها قنبلة أصبحت الحكومة مسئولة ^(١٣) . والاصل في النقد أن يكون حراً في سبيل المصلحة العامة على شرط أن لا يكون بسوء نية والا وجب التعويض ^(١٤) وإذا قدم بلاغ بنسبة أمر مؤاخذ عليه جنائياً وثبت عدم صحته وكان

- (١) ٢٣ نوفمبر سنة ٢٣٠٥٠٩٢ (٢) ٢٩ مارس سنة ١٦٣٠٥٠٩٣ (٣) ١٤ ديسمبر سنة ٤٨٠٦٠٩٣ (٤) اول ابريل سنة ١٨٦٠٨٠٩٦ . ويعيب صاحب المواد المتجهة مسئولاً أيضاً لأنه أخطأ في عدم إيجاد شخص من قبله يصحب الدرية في سفرها (٥) ٢٩ ابريل سنة ٢٥٥٠٨٠٩٦ (٦) ١٣ فبراير سنة ١٢٩٠١٤٠٩٠٣ . وفي الخطأ من طريق عدم الاحتياط والاهمال انظر أيضاً ٢ ابريل سنة ٢٠٧٠١٤٠٩٠٢ (٧) chèque (٨) ١٨ مارس سنة ١٣٠٠٢٠٩٠٨ (٩) ٣٠ مارس سنة ٢٤٦٠٣٣٠٩٢١ وكان الفرق بين الامضاء الصحيحة والمزورة ظاهراً . اما اذا كاد التشابه دقيقاً فلا يسأل لانه لا يطلب من البنك ان يكون خبيراً فنياً ماهراً (الحكم المذكور) (١٠) ٢١ مايو سنة ٢٤١٠٢٠٩٠٨ (١١) اول ديسمبر سنة ٤٠٠٢٨٠٩١٥ (١٢) ١٣ ابريل سنة ٢٠١٠٤٠٩٢ (١٣) ٥ يونيو سنة ٩١٢٠٣٨٨٠٢٤ (١٤) ٢٧ ديسمبر سنة ١٠٩٠٣٠٠٩١٧

المبلغ سليم النية فلا تعويض الا اذا قدم بلاغه برعونة وطيش^(١) واذا كان قرار الجامعة المصرية غير عادل في استرجاع طالب قبل اتمام امتحاناته حق عليها التعويض^(٢) ونقل المرض العدوى بطريق العدوى يعد خطأ جسيماً يوجب مسؤولية فاعله ولو كان ذلك نتيجة اهمال أو رعونة أو جهل^(٣)

ثالثاً. — في الخطأ المدني والخطأ الادبي

٨٠٩ - يراد بالتقصير أو الخطأ الأدبي^(٥) ما يتمتع الشخص عن ادائه من الوجهة الأدبية الاخلاقية . فإذا وجد شخص مشرف على الهلاك غرقاً واستطاع آخر انقاذه ولم ينقذه فلا مسئولية عليه لانه لم يرتكب تقصيراً مدنياً بل ارتكب تقصيراً أدبياً ، ولان مصدر الضرر ليس الامتناع من جانب المشاهد للفرق بل مصدر الضرر موجود من قبل وهو الفرق بذات : كل هذا لان القانون انما يوصى بأن لا يؤذى الانسان أحداً ولكنه لم يوص بأن يعمل الانسان على رفع الایذاء عن الناس ، أى ان العمل الإيجابي من جانب الانسان مصدر لمسئوليته . وأما العمل السلبي أى الامتناع عن عمل ما فهو ليس مصدراً لمسئوليته الا اذا نص عليه القانون بذات . ولكن ليس ذلك دائماً صحيحاً لان الاهمال والطيش من الاعمال السلبية الموجبة للمسئولية كما قررت ذلك المواد ١٥١ ققرة ثانية أعلى و٢١٣ مختلط ١٣٨٣ فرسى : فإذا أهملت شركة الترام وضع حارس لها على مفرق الطرق الذى تمر منه قطاراتها وحصل حادث أصبحت مسئولة عن ذلك حتى لو كان عقد النازل الموقوف بينها وبين الحكومة قد أعفاها من هذا القيد^(٥) . وأما التقصير المدني^(٦) فهو الذى يخضع للاصول المدنية المقررة

رابعاً. - في نظرية الخطأ الثاني

أو انخراطاً التعاقدى وغير التعاقدى

٨١٠ - يراد بالخطأ أو التقصير التعاقدى ^(٢) التقصير الذى يحصل لمناسبة عقد

- (١) القبض المصرى ٢٤ يونيو سنة ٩٠٨ م ر أ ١٠، ص ٨١ - استئناف ١٩ يناير سنة ٩١٤ م ر أ ١٥، ص ١١٨ (٢) استئناف ١٦ أبريل سنة ٩١٤ م ر أ ١٦، ص ٢٠ (٣) استئناف بلرس ٩ مايو سنة ٩٢٣ الخطأ ٣، ص ٥٤٩ عدد ٤٦٥ (٤) faute morale
 (٥) ٢٠٩٥، ٢٠٩٤، ٢٠٩٤، ٢٠٩٤؛ حكم خاص بمصلحة السكة الحديدية
 (٦) faute contractuelle (١) faute civile

سابق . ويراد بالتقصير غير التعاقدى أى الجنائى ^(١) التقصير الذى يقع دون أن يكون هناك عقد مقرر من قبل بين طالب التمييز والمسئول عن الضرر . وبالرغم من أن هذا التقسيم حتى بالنسبة للقانون المدنى إلا أنه قد قامت ضجة حوله فى هذه السنين الأخيرة قال فيها البعض بعدم وجود نوعين من الخطأ . وهؤلاء هم الذين رجعوا فى التقصير الجنائى الى كونه هو الآخر تقصيراً فى التزم سابق مقرر بالقانون مثل ذلك التقصير التعاقدى المقرر بالمقد . قال بذلك بلانويل ^(٢)

ومع ذلك يظهر أن العمل قد جرى على تأييد هذا التقسيم الثنائى للتقصير ^(٣) قلنا إن التقصير التعاقدى هو مخالفة لعقد سابق وأما التقصير الجنائى فهو الناشئ عن خبث وسوء نية أو عن عدم أخذ الاحتياطات اللازمة التى يقضى بها الحرص عند الرجل الحريص ^(٤)

٨١١ — وأهمية هذا التقسيم ترجع الى تقدير درجة المسؤولية . فللمدين فى التقصير التعاقدى يسأل فقط عن التقصير الخفيف النظرى ^(٥) وأما المتهم ^(٦) فى التقصير الجنائى فيسأل أيضاً عن التقصير الخفيف جداً ^(٧) ومعنى ذلك أن فى الضرر الواقع على المالك يلقت الى الخطأ الخفيف جداً أو الى أقل خطأ حصل؛ إذ فى التقصير التعاقدى يعتبر أن هناك تقصيراً فى الحقيقة إذا لم يتم المدين بما تعهد به أى لم ينفذ ما التزم به . أى أن القانون يقرر المسؤولية فى هذه الحالة بناء على مجرد مخالفة التعهد هذا ^(٨) وأما فى حالة التقصير الجنائى فإنه يجب ملاحظة عمل مقارنة كما كان يفعل الرومان وتعمل المقارنة بين ما هو منسوب فى الحقيقة والواقع للشخص المسئول وبين ما كان يجب أن يعمله الرجل الحريص الذى يهتم بأموره . وبما يحصل التساؤل فيه ما ذا يكون هذا الرجل الخيالى الحريص ؟ هل يجب أن يكون مجرد رجل حريص ^(٩) أو رجلاً حريصاً جداً ^(١٠) أى يجب أن يكون مثل رب الأسرة العادى المعنى بأمره ^(١١) أو أحسن رب أسرة يهتم

(١) والمراد به العناية والجنحة المدنية *faute délictuelle* (٢) ج ٢ ص ٢٨٣ و ٨٧٣ وما جئنا . — كابتان ج ص ٣٧٩ والملاحظ (٣) *dualité des fautes* (٤) *homme diligent* (٥) *faute légère* أو *culpa levis in abstracto* (٦) *delinquant* (٧) *faute très légère* (٨) *In lege Aquilia culpa levisissima venit* أى *responsabilité du simple fait* (٩) *bonis pater familias* (١٠) *homme très diligent* (١١) *homme diligent*

بأموره ^(١) . وبعبارة أخرى هل يجب أن يكون التقصير الجنائي لدى المتهم مقصيراً خفيفاً ^(٢) أو مقصيراً خفيفاً جداً ^(٣) ؟ والذي يظهر من ذلك كله ان المسئلة نظرية صرفة لان العبرة بمجال العمل . ومن الصعب جداً بل ومن المستحيل وضع قاعدة عامة في مثل هذه الاحوال يمكن الاستناد اليها في تقدير التعويض ما دام أمر التقدير يرجع فيه الي سلطة القاضي المطلقة

٨١٢ — ولكن أهمية التقسيم في التقصير التعاقدي وغير التعاقدي ترجع أيضاً الى مسئلة الاثبات ومن هو المكلف باثبات التقصير ^(٤) ففي التقصير التعاقدي ما على الدائن الا أن يقيم الدليل بقط على عدم الوفاء من جانب مدينه . واذا أراد هذا الاخير الافلات من مسئولية عدم الوفاء وجب عليه اقامة الحجة على أن ذلك راجع الى غير تقصيره . والفرق بين عبثي الاثبات ظاهر . اذ أن الاول أخف من الثاني ويكاد لا يذكر بجانبه

وأما في التقصير الجنائي فعلى طالب التعويض اقامة الدليل على حصول تقصير من جانب المسئول مدينياً أخذاً بقاعدة المروفة « البينة على من ادعى » ^(٥) . فاذا تعذر عليه اقامة الدليل أو استحدل ، رفضت دعواه . لذا كان المهم معرفته أمام القضاء ما اذا كان التقصير المنظور بالدعوى تقصيراً تعاقدياً أو غير تعاقدي

٨١٣ — وقد كان لهذه التفرقة في فرنسا قبل سنة ١٨٩٨ شأن يذكر أي قبل سن قانون حوادث العمال . اذ كانت المحاكم تعتبر التعويض عن حادث في مصنع خاضعاً لحكم المادة ١٣٨٢ أي ابن التقصير جنائي فعلى طالب التعويض اثباته . فكانت ترفض الدعوى لاستحالة الاثبات أو تعذره . ولكن قام رجال القه واحتالوا على القانون وانتزعوا من التقصير الجنائي هذا تقصيراً تعاقدياً اذ جعلوا رب المصنع مسئولاً عن رد العامل الى نفسه سليماً كما استلمه سليماً . قال بذلك سائكتليت ^(٦) في بلجيكا وأخذ برأيه قضاء بلجيكا . وقال به في فرنسا سوزيه ^(٧) . وجاراه القضاء

(١) culpa levisissima (٢) culpa levis (٣) optimus pater familias (٤) charge de la preuve (٥) actor incumbit probatio (٦) Seinctelette (٧) Sauzet

أيضاً في بعض الاحوال . وقد بينا ذلك في مكانه ورأينا أن الاستاذ جوسران أخذ بنظرية للمسئولة الشئبة^(١) أى بنظرية الخطر المستحدث^(٢) باعتبار ان الانسان مسئول عن الاضرار التي تحصل للغير لسبب الشيء الموجود تحت يده ، وذلك في مقابل ما يستفيدة هو من منافع الشيء ومزاياه . ورأينا أن السورغ العلمي لهذه النظرية هو العدالة أو قاعدة النعم بالغرم ولقد لاحظنا بآدى بدء ان القضاء المصرى لم يشأ الاخذ بهذه النظرية الهامة وسنيين ذلك في مكانه . ومع انه أظهر عناداً مستمراً في عدم الاخذ بها الا انه قد بدأ يخفف من شدة أحكامه ولو من طريق جعل عبء الاثبات على عاتق رب المصنع . وهذه خطوة لا بأس بها تحكي تماماً ما قرره سائكتليت بيلجيكا وسوزيه بفرنسا ، وتحكى ما هو معروف في عقد النقل ، نقل البضائع أو قتل الاشخاص ، وفي حالة الحريق . ولعل ذلك تمهيد للاخذ بنظرية المسؤولية الشئبة

ولا يكفى في طلب التعويض اثبات حصول الضرر بل يجب أيضاً اثبات ان الضرر ناشئ عن فعله أى اقامة السببية^(٣) بين عمله والضرر

٨١٤ — وليس من الضروري ان يحكم دائماً بجميع التعويض بل يحصل أن يحكم ببعضه فقط أو لا يحكم به بالمرة اذا كان التقصير مشتركاً^(٤) فإذا ضربت عربية في مفرق الطرق بسرعة دون أن تبطئ عند المرور في مثل هذا المأزق ثم صر ترام أيضاً مسرعاً هو الآخر في مفرق الطرق هذا وداس العربية اعتبر التقصير واقعاً من جانب الطرفين وحكم لصاحب العربية ببعض التعويض دون الكل . وإذا هم شخص بضرب آخر وضربه فلا فتحمس هذا الآخر فقام لساعته وضربه ضربه أفضى الي موته أو الي عاهة مستدينة فلا يجوز للورثة المطالبة بالتعويض لان مورثهم هو الذى جر الضرر لنفسه بعمله . ولقد بينا ذلك في مكانه وأشارنا الي اهم الاحكام التي تعتبر رئيسية في هذا الشأن

٤. — في فظرية الاعتساف في استعمال الحق

§ ١ — مصدرها عند الرومان وشرعيتها في الوقت الحاضر

٨١٥ — أخذت فظرية الاعتساف في استعمال الحق^(١) أو الخروج عن دائرة الحق عند استعماله تشق لها طريقاً في عالم القضاء والفقه رغم ما قام حولها من الضجة والخلاف العظيمين بين الشراح . وهي من الأهمية بمكان لأنها تتصل اتصالاً مباشراً باستعمال الحق في ذاته . اذ أنه ليس من السهل القول بأن الانسان يسأل عن الضرر اللاحق للغير من جراء استعماله لحقه هو لذلك كانت ولا زالت مثاراً للخلاف بين أئمة القانون^(٢) . ولقد كان العمل جارياً على الاخذ بالمبدأ القائل باللامسئولية . ورجع في تقريره الى القاعدة الرومانية المعروفة القائلة بأن « من استعمل حقه فإظلم »^(٣) أي أنه لا يعتبر أنه قد الحق بالغير ضرراً ، بمعنى أن الانسان في استعماله لا يسأل عما يصيب الغير من الضرر باعتبار أنه لم يرتكب قصيراً تسبب عنه الضرر

٨١٦ — ولكن يلاحظ أن هذه القاعدة الرومانية لا تنصرف في عبارتها الى ذلك التعميم العام ولا يراد بها أن استغلال الحق بأي طريقة لا يبيح المطالبة بالتعويض : ذلك لأن أولبيان^(٤) قال في هذا الشأن بأن المالك اذا حفر بئراً في ملكه وقطع على جاره ورود المياه اليه من المنبع فلا يسأل عن تعويض . ولكن قال أولبيان بأن حافر البئر يكون مسئولاً فيما اذا حفر بئره بطريقة ترتب عليها سقوط حائط جاره . وكذلك قال أولبيان محدثاً عن ماريوس^(٥) بأنه في الاحوال السابقة لا يسأل المالك فيما اذا عمل دون أن يكون الباعث له مجرد نية الايذاء بالجار والاصرار على إلحاق الضرر به ولم يكن غرضه تنظيم ملكه وتحسينه من ذلك يرى أن القاعدة الرومانية القائلة بأن « من استعمل حقه فإظلم »

(١) théorie de l'abus du droit (٢) كليات من ٣٨٢ . - بلانول من ٢٧٨

٨٧١ وما بعدها . انظر الخلاف القائم بين بلانول وجوسران وراجح في بلانول ج ٢ من ٢٧٨ -

٢٨١ ٨٧١ وفي جوسران بكتابه التيم de l'abus des droits طبع سنة ١٩٠٥ وانظر كتاباً وضمنه

المرحوم الدكتور محمد قحى الحامى 1912 La doctrine musulmane de la théorie des droits

(٣) Neminem laedit, ou, nemo damnum facit, qui suo jure utitur أي

Marcellus (٥) Ulpian (٤) qui use de son droit ne lèse personne

هي قاعدة يجب في تقريرها ملاحظة عدم تعميمها بحيث تشمل أيضاً نية الاضرار بالجار

٨١٧ — والواقع أن الحق في الحياة ملحوظ فيه المنفعة الشخصية والمنفعة الاجتماعية . أما منفعة الانسان الشخصية فهي المصلحة التي تعود عليه مباشرة . والمصلحة الاجتماعية هي ما يعود على المجتمع الانساني من الانتفاع بالحق انتفاعاً صالحاً ، الفرض منه تحصيل مصلحة ^(١) فإذا صرف صاحب الحق استغلاله الى لرضاء نزعة قسائية قامت به فانه في هذه الحالة لا يعتبر بأنه يحصل منفعة شخصية له مرتبطة كل الارتباط بالمصلحة العامة ، لحصول التناقض بين مجرد نية ايذاء الغير ومصلحة الجماعة . لذا يعتبر صاحب الحق في هذه الحالة مقصراً سواء قيل بأنه كان بعيداً للمرة عن الحق أى أنه كان خارجاً عن منطقة الحق كما يقول بلانيول أو أنه تعسف في استعمال حقه فارتكب خطأ عند الاستعمال كما يقول بذلك جوسران وغيره ^(٢)

٨١٨ — أما القضاء الفرنسي والمصري فانه قد أخذ بهذه النظرية في جميع وجوهها وصرفها الى المعنى الذى يتفق مع روح العدالة والحق الصراح . واتنا موردون هنا بعض الاحوال العملية التي قرر فيها القضاء الاخذ بنظرية الاعتساف في استعمال الحق ، أى أنه حكم بتعويض في كل مرة ظهر له فيها أن صاحب الحق قد أراد الايذاء ، لا مجرد تحصيل مصلحة ، أو أنه أساء استعمال الحق فلم يخط فيه بحيث ترتب عليه حصول الضرر لغير

§ ٢ - مصادر نظرية الاعتساف

في استعمال الحق بالقوانين المصرية

٨١٩ — ان الشارع المصري لم يجعل هذه النظرية . وان كان لم يشترع لها شريعة خاصة ولم يعقد لها باباً معيناً بالقانون الا أنه لم يفته الاخذ بها وقد استند اليها في مواطن معينة .

١ . ذلك أنه قال بها في حالة عدم الجواز لمالك السور الفاصل بينه وبين جاره في

هدمه بدون مسوغ^(١) فقد قررت المادة ٣٨/٥٩ مدني أن « ليس للجار أن يجبر جاره على إقامة حائط أو نحوه على حدود ملكه ولا على أن يعطيه جزءاً من حائطه أو من الأرض التي عليها الحائط المذكور . ومع ذلك ليس للمالك الحائط أن يهدمه لمجرد إرادته إذا كان ذلك يترتب عليه حصول ضرر للجار المستند لملكه بحائطه ما لم يكن هدمه بناء على باعث قوي » والجار مالك لحائطه فهو في حل من أن يتصرف فيه كيف يشاء يهدمه وبغير هدمه . ولكن إذا أراد هدمه فهو لا يهدمه إلا إذا كان لديه سبب قوي يدعو له لذلك . والسبب في هذا القيد مصلحة الجار الذي ترتبت له مصلحة ظاهرة في استناد ملكه على الحائط . إذ في هدم الحائط تقويض لبيت الجار . ولم ين الجار ويستند الي الحائط إلا أنه يعتمد بحق وجود الحائط وإن وجودها مستقر طالما لبيت صاحب الحائط مستقر . وهذه العقيدة الشرعية ، كما يقول ليثي (ن ٨٠٢) هي التي كونت للجار غير المالك للحائط حقه على تلك الحائط . ولا يجوز حينئذ العبث بهذا الحق . ولكن لما كان هذا الحق مرتكزاً الي حق صاحب الحائط فهو يوجد وبزوال وجوده وزواله . ولكن لا يزول بزواله إلا إذا كان الزوال مشروعاً . وأما إذا قصد صاحب الحائط هدمه تنكيلاً بجاره فإنه لا يعمل وقتئذ إلا على استخدام حقه في غير ما شرع له من جهة الفرد ومن جهة الجماعة . وعلى ذلك يمنع . وإذا أتم المدم جلاً أعادة البناء بماله ، وتكليف الجار بإقامته والرجوع على خصمه بما صرفه

٢ . - في فصل المستعمر والعامل في وقت غير لائق^(٢) إذا كان العامل يعمل مع رب العمل لزمين معين شهراً أو سنة أو أكثر فلا يجوز لرب العمل فصل العامل قبل حلول الاجل ، إلا لأسباب مشروعة طبعاً . فإذا فصله حق عليه التعويض وتقول في ذلك المادة ٤٠٤/٤٩٢ مدني ما يأتي : « إذا لم تعين مدة الايجار في العقد جاز لسكل من المتعاقدين فسخ العقد في أي وقت أراد بشرط أن يكون في وقت لائق للفسخ » وتصدق هذه القاعدة أيضاً على موظفي ومستخدمى الحكومة ولو أن العقد بين الحكومة والموظف عقد يختلف في كيانه القانوني عن عقد الايجار العادي لان من أخص خصائص هذا العقد بين الموظف والحكومة المصلحة العامة المنشودة منه

٣ - التعويضات في الدعوى الكيدية والمادة ١١٥ / ١٢٠ مرافعات

و ١٣٢٢ فرنسي : قررت هذه المادة المصرية ما يأتي : يجوز للمحكمة في جميع الدعاوى أن تحكم بتعويضات في مقابلة المصاريف ^(١) الناشئة عن دعوي ^(٢) أو مرافعة ^(٣) كان القصد بها مكيدة الخصم ^(٤) ، وقررت المادة ١٣٢ من القانون الفرنسي : « وكلاء الدعاوي ^(٥) والمحضرون إذا تخطوا حدود وكالتهم ، والاوصياء ^(٦) والقائمة ^(٧) والورثة على شرط المبرد ^(٨) وكل من كلف بإدارة عمل من الاعمال ^(٩) اذا جزوا في أعمالهم على الاضرار بمصالح من وكلت اليهم الاعمال ^(١٠) ، يجوز لزامهم شخصياً ^(١١) بالمصاريف مع جواز الحكم عليهم ايضاً اذا اقتضت الحال بالتعويضات والقوائد . مع جواز مؤاخنة الوكلاء والمحضرين والاوصياء والقائمة اذا دعت جسامه الحال لذلك » والمادة المصرية باعتبارها مأخوذة عن المادة الفرنسية برغم تشويه بسيط يرجع لصيغة التعبير ^(١٢) انما تقر التعويض اذا كانت الدعوى كيدية أو الدفاع كيديا . ويراد بالدعوى الكيدية اذا رفضت ولم يرد بها سوى التشهير بالخصم والحاق الاذى به وترديد صدى الدعوى في الاوساط المعروفة فيها هذا الخصم بما يحتمل أن يمس سمته أو أن يضايقه على الاقل . أي الدعوى الفاسدة من أسسها وللشفوعة بنية الايذاء . والدفاع الكيدي ما يتعمده صاحبه كيداً لخصمه وللائل منه بان يفسب مثلاً ثم يرفع معارضة ويرفع استئنافاً والتاس اعادة قظر وهكذا من أنواع المضايقات التي وان كان القانون قررها باعتبارها وسائل يستعان بها في تصحيح الاغلاط القضائية فانه لم يقررها الا لهذا الغرض . ولم يشعرا لكون أداة لاهل اهل الخلق ولحققد يستعينون بها في مكايده الناس وتعكير صفائهم واثقال راحتهم وقد نصت الفقرة الجديدة في مادة ١١٨ مرافعات مختاط المدخلة بالقانون نمرة ٣٣ لسنة ٩١٣ على جعل مصاريف كل الاجراءات التي اتخذت لمجرد الانعطيل وخصوصاً

défense (٣) action (٢) dommages-intérêts pour dépenses (١)
héritiers (٨) curateurs (٧) tuteurs (٦) avoués (٥) vexatoire (٤)
en leur nom (١١) auront compromis (١٠) administrateurs (٩) bénéficiaires
(١٢) ذلك التشويه الذي استند اليه حكم منقول في عدم الحكم بتبويض ، عند التكيل بالخصم
دعوى ودقائاً ، خارجاً عن مقدار المصاريف فقط . وحجة ان الشارع المصري خالف الشارع
الفرنسي في المعينة : وهو حكم غير وجيه وقضت عليه الاحكام الاخرى

مصاريف الاحكام النهائية على عاتق من تسبب فيها ولو كسب الدعوى في النهاية^(١) ويقر من ذلك أيضاً ما قرره القضاء المختلط للمصري بمجواز قبول الدعوى التحريضية^(٢) حيث يجوز للشخص أن يرفع الدعوى على خصمه الذي أخذ يقول في كل آن ومكان بلشتغال ذمة المدعى بدين له^(٣)

§ ٣- المظاهر العملية لنظرية الاعتساف في استعمال الحق

٨٢٠ — التي تجب ملاحظته أن في نظرية الاعتساف في استعمال الحق يجب مراعاة أن الحق ذاته هو أساس هذه النظرية . أى أنه رغم أن صاحب الحق إنما يستعمل حقه إلا أنه مع ذلك مشلول عن الضرر الحاصل للغير

ولذا يجب التفرقة بين حالتين كما يثنا ذلك عند الرومان فيما قرره « أوليان » عن نفسه وعما قرره محدثا عن مارسيلوس : حالة ما إذا كان الانسان يستخدم حقه متوخياً الانتفاع من الحق ، وحالة استخدام الحق لمجرد التكيل للغير والتشفي منه

٨٢١ — الحالة الأولى : حالة استخدام الحق استخداماً جدياً . في مثل هذه الحالة لامتسولية مطلقاً مهما وقع من الضرر للغير . والامثلة على ذلك كثيرة منها : (١) اذا هددت نقابة صناعية رب مصنع بالاضراب بسبب انه لا يدفع الاجرة المتفق عليها أو انه يعمل في أن لا يستخدم العمال التابعين للنقابة : لا تعويض طالما أن النقابة انما تعمل هي الاخرى لاجل المحافظة على مصالحها أى مصالح عمالها

(١) راجع في هذا الموضوع مرافعات الدكتور ابو هيف بك بند ٢٢ ص ٤٨ والحاشية عليه وكذلك بند ٧٥ وخصوصاً بند ٤٠٨ والحاشية الطويلة عليه بما فيها من المراجع الهامة. وفي كيفية طلب التعويض عن الدعوى الكيدية راجع فيه بندى ٥٢٧ و ١١٠١. وبشأن تقدير ما يحكم به فيها راجع بند ١٠٩٧ وما بعده وفي شرح المادة ١١٨ مرافعات مختلط جديدة التي جاءت عامة في هذا الموضوع حيث جعلت مصاريف كل الاجرامات التي اتخذت لمجرد التظليل على عاتق من تسبب فيها ولو كسب الدعوى في النهاية . - راجع في كل ذلك أيضاً مرافعات الدكتور عبدالفتاح بك ص ٤٣٨ - ٤٣٩ ن ٨٢٢ (٢) actions provocatoires ويسميا الدكتور عبد الفتاح بك دعوى قطع النزاع (انظر مرافعاته ص ٣١٠ ن ٣٢٣) (٣) راجع في ذلك مرافعات الدكتور ابو هيف بك الطبعة الثانية سنة ١٩٢١ ص ٣٣٦ وما بعدها ن ٤١٥ . - وقارن ذلك بالدعوى الاستماعية actions interrogatoires . راجع الكتاب المذكور ص ٣٢٧ ن ٤١٦ وفيما يتعلق بالدعوى الاستجوابية action in terrogatoire انظر مرافعات الدكتور عبد الفتاح بك ص ٣١١ ن ٣٢٣

- (٢) إذا أضرب العمال للطالبة بزيادة في الاجرة أو إذا اتفق أرباب المصانع فيما بينهم على أن يقلعوا مصانعهم في وجوه العمال^(١) ردّاً على تهديد العمال لهم بالأضرار
- (٣) إذا قدم شخص بلاغاً يتهم فيه آخر بالسرقة أو التبيد وكانت هناك أمارات تشفع له في تهديم البلاغ دون أن يكون بلاغه مشفوعاً برعونة وطيش وحق
- (٤) إذا قدم الانسان بيانات عن شخص بحسن نية ولو لكنها أضرت في سمعته أو عمله.
- (٥) إذا فزع الانسان محللاً تجارياً قضى به على جاره لـ يتاجر مثله في الاصناف بعينه
- (٦) إذا نفذ الدائن حكمه بحسن نية واخذ اختصاصات ووقع جملة حجوزات وألقى الحكم بعد ذلك ما دام انه لم يثبت بانه غش أو دلس^(٢) ولكن يصح القول بعكس هذا البدء اذا أخذنا بنظرية الخطر المستحدث^(٣) بمعنى ان كل انسان يتحمل نتائج عمله إن تفعلاً أو ضمراً . وربما كان هذا هو الاصح^(٤)
- (٧) اذا رفضت الحكومة التصريح لطبيب بالاحتراف بالطب اذا بين لها ما يدعو الى الرفض^(٥) . وجاء في الاسباب ما يأتي : « ان الحكومة تملك الاعطاء . ومن يملك الاعطاء يملك طبعاً الحرمان ، لان من يملك الكثير يملك القليل . الا انه يتعين على المحاكم ان تراقب ما اذا كان الحرمان نتيجة عنف من الحكومة فتكون ملزمة حتماً بالتعويض . أما اذا كان السبب مقبولا فتكون في حل من عملها » . اهـ
- (٨) واذا أبدت مصلحة أميرية رأياً لمصلحة أخرى بعدم استخدام المستعمل المنفصل فلا مسئولية على المصلحة الاولى على شرط حسن النية^(٦)
- (٩) اذا استفاد الخصم في الدعوى جميع وسائل الطعن ولم يفلح فلا تعويض عليه ما دام انه لم يعمل بقصد التنكيل والتشفي^(٧)
- في هذه الاحوال لا محل للتعويض مادام انه لم يكن هناك خروج أو تعسف^(٨) في استعمال الحق

(١) lock-out (٢) ٢٤ مايو سنة ١٩٣٠ - ٣٠٨ - ٣٠٠ في سنة ١٩٣٠ ، ٥٥ (٣) risque
(٤) تذكر تأييداً رأينا هنا ماقروه الدكتور ابو هيف بك في كتاب التنفيذ بند ٨٣ عن تنفيذ الحكم نقلاً من مجلة قبل ان يصبح نهائياً قاله : « ومما كفرنا وشراحنا ونحن معهم على انه يكون مسؤولاً عن التضمينات بمجرد النهاء الحكم الابتدائي الذي تعجل في تنفيذه . وقد قرر الرأي الآخر مرتكاً الى ان هناك مخاطر بالتنفيذ قبل ان يصبح الحكم نهائياً » وللملحظة تفصيل آخر وأحكام جديدة بالمعنى الذي تؤيده (٥) ٢٥ مارس سنة ١٩١٦ م ر ١٧ ، ١٢٧ (٦) استئناف ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٣ المحللة ٥٣٨ عدد ٤١٢ (٧) ٢٦ يناير سنة ١٩٠٥ ، ١٧ ، ١٠٠ abus (٧)

٨٢٢ - الفقرة الثانية : في حالة الخروج عن الحق وقت استمراره :

هذه الحالة ترجع هي أيضاً الى نوعين : اما أن يكون صاحب الحق لم يحتط في استعمال حقه. وإما انه تعمد الأيذاء. ونرى أن نضرب لكل منهما أمثلة عملية مستقاة من علم القضاء :

٨٢٣ - النوع الاول : لم يحتط صاحب الحق عند استعماله

الاحتياط الموزن . مثال ذلك :

(١) في عقد إيجار الاشخاص من غير مدة معينة يجوز لكل من العاقدين في أى وقت يشاء فسخ عقده. فيجوز لرب العمل فصل عامله في أى وقت يشاء . ولكن هناك أحوال يعتبر فيها استعمال هذا الحق خطأ كما اذا فصل العامل في وقت غير مناسب ولم يستطع البحث عن عمل ، أو فصله بعد أن أمضى زمناً طويلاً في خدمته (١) أو فصله بعد ان أحضره من مكان بعيد وأضاع عليه فوائد جمة كان يحصل عليها فيما اذا ظل كما كان من قبل.

ومناط القاعدة في مثل هذه الاحوال هو أن الانسان يجب أن يعمل عند استعمال

(١) ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٨ ، ٢١ ، ٤٦ حتى لو أئذره قبل فصله بشهرين وكانت له مدة ٣٤ سنة بالخدمة حسن السيرة والعمل . ويتبين فضلاً في وقت غير مناسب مضايقة العامل حتى يستحيل عليه العمل فيستقل : ١٤ ابريل سنة ١٩٠٩ ، ٢١ ، ٢٩٦٠ . ويجوز فصل العامل باليومية في أى وقت دون تنويض : ١١ ابريل سنة ١٩١٧ ، ٢٩ ، ٣٦١ . ولا يسأل صاحب العمل عن خنوع العامل بسبب طرده : ١٦ مايو سنة ١٩١٧ ، ٢٩ ، ٤٢٨ . ٣٠ ابريل سنة ١٩٢٠ م ، ١ ، ٢٢ س ١٣١ عدد ٨١ . ونظرية الفصل في غير وقت لائق تصدق أيضاً على الحكومة مع موظفيها ويجوز الجمع بين طلب الماش وطلب تنويض تسبب ذلك : الدوائر المجتمعة الاهلية في ٢ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٢٣ ، ١ س ٢٤ عدد ١٦ . واذا وقع العامل على شرط من شروط عقد الاستخدام contrat d'engagement بأن ليس له حق التنويض بعد مؤاخذته تأديبياً وفصله كان الشرط صحيحاً : ٢٢ يناير سنة ١٩١٩ ، ٣١ ، ١٣٤ ، وراجع الاحكام الكثيرة الواردة بالتعليق . وليس للعامل أو المستخدم حق في التنويض اذا كان سبب خروجه خطأ وقع منه : ٢٩ مايو سنة ١٩٣٣ ، ٤٦٩ ، ٣٥ ، او كان السبب في فصله عدم الثقة به : ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ ، ٣٥ ، ٥٢٤ . وان كان لسردار الجيش حق ازالة أى ضابط على الاستبداد إلا ان للمحاكم مع ذلك الحق في البحث فيها اذا كانت هذه الاحالة قانونية ام لا للحكم بتنويض فقط دون المساس بأمر الاحالة في ذاتها : استئناف ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ ، ٢٤ س ١٣٠ عدد ٧٤ .

حقه بكل احتياط وتبصر تقضى بهما حالة الرجل الذى يهيمه أن لا يجهل ما فيه الاضرار بالغير .

(٢) اذا خرج الجار عن مألوف الجوار وأضر جاره^(١)

(٣) فى حالة الاشغال العامة^(٢) يجوز مطالبة وزارة الاشغال بتعويض اذا كانت طبيعة الاشغال العامة هذه تتعدى المألوف عادة بين الجيران فيما يتحملونه بحكم العادة فيما بينهم وبحكم الجوار^(٣)

(٤) اذا استخدم دائن وسائل التنفيذ ضد مدينه فأرهمه باستخدامها ارهاقاً أضر به . كما اذا لجأ المالك المؤجر الى توقيع حجز تحفظى من دين متنازع فيه على منقولات للسائر فمطل عليه العمل . فى هذه الحالة يجوز الحكم عليه بتعويض وكذلك أيضاً فيما اذا أخذ الدائن حكماً بالدين مشمولاً بالنفاذ وسار فى اجراءات التنفيذ . ثم قضى فيما بعد بأن النفاذ لم يكن فى محله . نعم ولو أن الحكم بالنفاذ هو من عمل القاضى ولكن الدائن هو الذى طلبه وهذا الذى انتفع به وكان الاحوط له أن لا يلجئ الى التنفيذ المبجل الا اذا تأكد أن الحكم لم يبلغ فاذا خاطر بالتنفيذ تحمل نتائجه^(٤) وذلك حتى لا يعرض مدينه الى ضرر ناشئ عن تعطيل حركة أعمال وسوء السمعة والقالة . واذا فرض وكان أمر النفاذ مشكوكاً فيه من الوجهة القانونية أى أن القضاء أو الفقه على خلاف فى فعل الدائن تبعة عمله لان الضرر حصل بفعله لا بفعل المدين فكان يجب عليه أن يمتنع عن طلبه حتى لا يعرض نفسه فيما بعد للتعويض وهذا هو نفس نظرية الخطر المستحدث كما يرينا ذلك فى مكانه

٨٢٤ - النوع الثانى . تعهد صاحب الحق عند استثماره الاضرار بالغير :

فى هذه الحالة اذا استخدم حقه ولكنه صرفه لقضاء شهوة فى نفسه كالاتقام أو مجرد الايذاء أو التمتع برؤية متاعب الغير وخسارته ، لا لاجل تحصيل منفعة عمرانية

(١) ٢١ مارس سنة ١٩٠٥ ، ٧ ، ١٩٨ . ولعالمك الجار حق هدم منزله وبناءه ولو ترتب على ذلك

ضرر للجار . انما يجب عليه اخبار الجار فى وقت مناسب بمزمه على الهدم حتى يتخذ الجار حيلته فى ان لا تصدع حوائطه : ١٧ يونيو سنة ١٩١٦ ، ٢٨ ، ٤١٥ . - ٢٢ فبراير سنة ١٩١٧ ، ٢٩ ، ٢٥٧ .

(٢) travaux publics (-) انظر مقالاً كتبته هوررو Haurion مجلة ن ٩٥ ، ١٠٣ .

(٤) راجع المراجع المذكورة فى المحلقة على تينة ٨٢٢

أو فائدة مشروعة ، وجب عليه تحمل الضرر الناشئ عن عمله
وقد قال بذلك الرومان وقال به أيضاً من جاء بعدهم وهذه قاعدة هامة من شأنها
أن تصلح من أمر الجماعات وتضرب على أيدي الذين يعبثون بالمصالح الشخصية والعامة
بحجة أنهم يستخدمون حقوقهم

وقد قررها القانون الألماني الصادر سنة ١٩٠٠ بالمادة ٢٢٦ باعتبار أن سوء النية
يعتبر في ذاته خطأ . وليس من شأن تقرير هذه القاعدة إمالة روح النزعة الى العمل
لدى من يكدون ويعملون . نعم وإن لم يكن من السهل في بعض الاحيان الوقوف على
حقيقة النية باعتبارها عملاً نفسانياً ، الأمر الذي يترتب عليه الوقوع في الخطأ عند
البحث والتحصيل ، إلا أن العمل قد دل في القضايا الخاصة بهذا الشأن على أن هذه
القضايا تكون في الغالب مشمولة بوقائع^(١) ثم عن الغرض الذي كان ينشده صاحب
الحق . ولذلك نقول بحق أن الخوف من البحث النفساني في هذه الحالة لا محل له طالما
أن الدعاوى أمام القضاء مشخصة لوقائع مادية ولم تكن خيالا تفرح في مسارح النفس
كما يتخوف منه خصوم هذه النظرية وعلى رأسهم بلانيول
٨٢٥ — أما الامثلة على هذا النوع فكثيرة منها :

(١) رفع الدعوى على سبيل التنكيل وبقصد التشهير . كذلك الغياب في الدعوى
ثم عمل معارضة ثم رفع استئناف ثم الغياب ثم عمل بمعارضة ثم الختام بالتماس . ولقد نصت
المادة ١١٨ من القانون ١٩٨ مرافعات مختلطة على جعل مصاريف كل الاجراءات
المتخذة لمجرد التعطيل على عاتق من تسبب فيها . ولو كسب للدعوى في النهاية (ن ٨١٩
نمرة ٣) . أوليست المادة ٣٧٨ / ٤٣١ مرافعات قول بالتعويض فيها اذا حكم يرفض
الالتماس ، أي يحكم بالتعويض حكماً لا يستأنف ومن غير طريق اتباع سبيل الدعوى
المادي فيحرم للتمس بذلك من حق الدرجة الاولى والثانية^(٢) ؟

(١) faits (٢) ولا يجوز طلب التعويض لأول مرة امام الاستئناف ٢٠ ديسمبر سنة
١٩٢٦-٧٢٠٦٠٩٣ . ويحكم بالتعويض على من قدم ورقة بالدعوى وحكم بتزويرها أثناء نظر الدعوى : ١٩
مايو سنة ١٩٢٦-٣٤٦٠٩٠٩٧ . ولا يعتبر الحكم بالتعويض عقوبة . ويقضى بالتعويض على من طلب الحكم
بالتحقيق فليجيب الى طلبه ثم تنازل عنه بعد ان اعد خصمه المدات لذلك : ٢ فبراير سنة ١٩٠٥ ،
١٩٠٧ . والضوابط المقررة بقانون المرافعات والاجراءات المتوهم عنها به لم تقرر الا لاجل حياة الحقوق
الجديدة لا لاجل ايجاد عراقيل ومشاغبات يقصد المعاكسة والتنكيل : ٢١ فبراير سنة ١٩١٣-٢٥٠٩٤٣٠٩٠٧

كذلك فيما اذا طعن الخصم بالانكار أو بالتزوير ولم يكن غرضه الا التشني من خصمه^(١) وأيضاً اذا أنكر الخصم على خصمه أنه وارث منه ، كأن ينكر عليه اخوته له ثم تثبت بالقضاء الشرعي هذه الاخوة وكان الانكار منصرفاً الى التنكيل

(٢) اذا أرادت الحكومة التخلص من موظف فقد تعمل على تعيينه بوظيفة تريد الغاءها فتنقله من وظيفة الاولى الباقية بالميزانية ثم تلحقه بالوظيفة الأخرى التي ستبقى بالميزانية^(٣) نعم ان أمر الميزانية معقود بالمصلحة العامة ولا سلطان للقاضي في ذلك لان أمر الغاء الوظائف وانهاؤها يرجع لسلطة الحكومة المطلقة طبقاً لما رآه هي في ميزانيتها الا ان التعمد في التخلص من موظف ونقله من وظيفة الباقية الى

هـ. ولا يعتبر الانسان مخطأ اذا استخدم حقه في مقاضاة خصمه امام القضاء فيما يقع بينهما وبين خصمه من النزاع، انما اذا استخدم صاحب الحق حقاً برعونة وعدم حيلة أو استخدمه بناد وعنف فقد حق عليه التوبيع: ٥ ديسمبر سنة ١٩١٧، ٧٢٠٣٠، وكذلك اذا هناك خطأ جسيم: ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٣، ٨٤٠٣٦٠. ولا يقرب مطلقاً على كل من خسر دعواه ان يلزم بتعويض: اول مايو سنة ١٩١٨، ٤٠١-١١ مايو سنة ١٩١٨، ٤٢٣٠٣٠. وتعتبر كيدية الدعوى المرفوعة بطلب اشهار افلاس عضو في شركة سبق اشهار افلاسها، مع ان يسر المضمون ظاهر وملاصلاً شبهة فيها وان الدين المطالب به تافه لا يستحق منه القول بعدم دفعه من جانب هذا المدين الذي لم يفصل بعدق الدين المطلوب منه: ٣ ديسمبر سنة ١٩١٩، ٤٢٠٣٢. واذا امتنع المدين عن الدفع للدائن لسبب معلوم ثم طلب الدائن اشهار افلاس المدين جاز مطالبة الدائن بتعويض باعتبار ان طلبه هذا طلب كيدي وعلى الاخص فيما اذا كان يعلم ان مدينه مليء: ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٣، ٥٦٠٣٦. واذا اتفق الماقدان على ان للدائن حق اختيار اي محكمة ما كان الاتفاق صحيحاً ولكن لا يجوز مع ذلك للدائن ان يستعمل هذا الحق بطريقة تسفيه يقصد بها مجرد التكاية بخصمه: جزئي ٣ مايو سنة ١٩٢١، ٢٤٠١٥، ١٩١٥ عدد ١٠. الحمالة ٢ من ٤٠٣ عدد ١٩٢٠. ويجوز التوبيع عن الضرر المادي والادبي في حجز توقع من طريق التنكيل: استئناف ٢٩ يناير سنة ١٩٢٣ الحمالة ٣ من ٢١٠ عدد ١٥٥ (١) كلى ٢٧ أغسطس سنة ١٩١٠، ٢٢١٢٠

(٢) استئناف ١٧ يناير سنة ١٩١٨ م ١٨، ١٠٨. وأخذ القضاء بنظرية الفصل في وقت غير لائق، - انظر استئناف ٢٤ ابريل سنة ١٩١٧ م ١٨١، ١٣٤. - واستئناف ٢ ابريل سنة ١٩١٨ م ١٩٠، ١٣٦. - واستئناف ٢١ مايو سنة ١٩١٨ م ١٩٠، ١٤٣. - واستئناف ٢٠ مارس سنة ١٩١٩ بصحيفة الاحرام في ٢٢ أغسطس سنة ١٩١٩. - واستئناف ١٠ نوفمبر سنة ١٩٢١ م ٢٣٠، ١١٩ عدد ٧٦. - واذا صدر عزل الموظف بمجلس تأديب فلا محل لتعويض الا اذا ثبت ان المجلس تشكل تشكيلاً مخالفاً للقانون: كلى ٢١ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٢٠، ٩٠ عدد ٥٣. ويجوز اعطائه اعلان بالرفث للاستخدام وله طلب تعويض اذا لم يعط له وترتب عليه ضرر له: استئناف ١٩ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ١٠٨، ٢٤٠، ٢٩٥ عدد ٢٧٠. الحقوق ٢٧١ م ٢٧١

وظيفة ملغاة بقصد التخلّص منه : هذا هو الذي لا يبيحه القانون . ويسمى ذلك سوء استعمال السلطة في غير ما وضعت له ^(١)

(٣) اذا عملت نقابة صناعية على الاضرار برب مصنع باضراب العمال لا من طريق تحقيق حقوق لها بل بقصد الحاق الاذى به

(٤) اذا نقد ناقد مقالا أو كتاباً أو قطعة روائية وأراد بنقده أن ينال من خصمه بالتشهير والتسوى . ولم يرم الى خدمة الادب أو الفن

(٥) اذا بنى مالك حائطا بينه وبين جاره لا لمنفعة يرجوها بل ليكيد لجاره حتى يمنع عنه الضوء والهواء . ولكن لا تعويض اذا سلك الجار مسلكا غير مرغوب فيه بما تألم منه المالك فأقام هذا الاخير الحائط حتى يكون بآمن من سوء فعل جاره ^(٢)

(٦) اذا وضع المالك لارض فضاء أخشاباً بأرضه هذه وجعل في أطراف الاخشاب شوكا وحسكا حتى يحول بين الجار وبين انتفاع هذا الاخير بملكه الذي أعده مطارا للطائرات وحتى تخشى الطائرات الطيران والاقتراب من هذا المطار خوفاً من انها فيما اذا مست الشوك اصببت بتلف وعطب

(٧) اذا رفضت الحكومة اعطاء رخصة لمن يستحقها دون أن يكون لدى الحكومة سبب مشروع في الرفض ^(٣)

détournement de pouvoir (١)

(٢) ووجه عام لا يجوز للمالك ان يتنص بحق للملكية انتفاعاً تصفيا سواء أراد بذلك مجرد الاعترام ازال الضرر بالنظر ، او انه لم يعبأ بالجار فوق الضرر : ٦ ابريل سنة ١٧٠٩٠٠ ، ١٧٠٩٩٠ ابريل سنة ٩٠٣٠ ، ١٥٠٢٦١ - ٩ فبراير سنة ١٧٠٩٠٥ ، وحق الجار مربوط بحقوق جيرانه : ٣ مايو سنة ٩١١ ، ٢٣ ، ٢٩٨٠ - ولا يجوز ان يكلف المالك في سبيل المحافظة على حقوق الجوار وبجملاته باكثر مما يلتزم به عادة وقانوناً : ١٤ فبراير سنة ٩١٢ ، ٢٤ ، ١٣٦٠ - وفي تقدير حقوق الجوار بين جارين متنازعين يجب الرجوع للمدلة وتحقيق الضرر بتدرج ما يمكن : ١٧ يناير سنة ٩١٨ ، ٣٠ ، ١٥٨٠ - وحقوق الجيران مرتبطة بعضها ببعض . واذا استخدم المالك الجار حقه بقصد اضرار الجار اعتبر عمله تصفيا او سلبا غير مشروع acte abusif ou illicite اذا لم يبد صاحبه شيئا مقبولا يجوز له هذا العمل كائن يبدى ضرورة عن الضرورات او مصلحة حقيقية ينشدها من وراءه : ١٧ ابريل سنة ٩١٩ ، ٣١ ، ٢٥٢ (فيها يتعلق بارتفاع الحائط والاداة ٦٦٣ مدني فرنسي التي لا مثيل لها بالقانون المصري) محكمة استئناف ثاني فرنسا ١٢ ابريل سنة ٩٢٣ المحللة ٤ من ٣٨٩ عدد ٣١٨

(٣) جزئي ٢٦ مارس سنة ٩١١ م و ١٢٠١٩ من ٢٨٩ - محكمة الزلزل المركزية في ١٢ مارس سنة ٩١٢ بد ١٣٠ من ٢٨٦

§ ٤ - في اصلاح الضرر عند الاعتساف في استعمال الحق

٨٢٦ - الضرر في الاعتساف بالحق إما أن يكون ضرراً عادياً وإما أن يكون غير عادى . فإن كان عادياً فلا مسئولية فيه ولا محل لاصلاحه . وإذا كان غير عادى فلا سبيل فيه إلا للتعويض فقط . ولا تجوز المطالبة بإزالة مصدر الضرر . وأما إذا كان الضرر ناشئاً عن التعسف في استعمال الحق بالمعنى الدقيق وكان المتسبب فيه يعمل وسوء النية يدفعه الى الإيذاء ، فإنه يجوز في هذه الحالة المطالبة بتعويض^(١) أو المطالبة بإزالة مصدر الضرر ، أو المطالبة بمنع المتعسف من استعمال حقه^(٢)

(١) ويجوز أن يسوى التعويض بمحصل المقاصة في مصاريف الدعوى ١٢ ديسمبر سنة ٩٥ ، ٨٠ . وإذا أخسر المالك دعواه في وضع اليد وكسب دعواه في الملكية فلا يجوز له الرجوع بمصاريف دعوى وضع اليد : ٢٨ مارس سنة ٩١٨ ، ٣٠ ، ٣٢٠ . ولا يعتبر التعويض غرامة : amende : ٢٩ أبريل سنة ٩٧ ، ٩ ، ٣٠٤ . ولا يعتبر عقوبة ١٩ فبراير سنة ٩٠٣ ، ٩٥٠٥٠ . ٢١ ديسمبر سنة ٩٠٤ ، ١٧ ، ٤٠٠ . ٦ مايو سنة ٩٠٨ ، ٢٠ ، ٢١٠ (٢) كما إذا أراد المستأنف أن يتنازل عن استئنافه بطريق الحدة والفسخ حتى يحول بين خصمه وبين تمكنه من رفع استئنافه فرعى : ١٤ يونيو سنة ٩١١ ، ٢٣ ، ٣٦٦ . ويجوز للمعكة أن ترفض إجابة طلب الخصم في الطعن بالزور إذا تبين أنه كيدى وكذلك فيما يتعلق بالطعن بإنكار التوقيع أو الامضاء أو الختم . ١٦ يونيو سنة ٩٢٤ ، ٣٦ ، ١٥٦ . ١٠ مايو سنة ٩١١ ، ٢٣ ، ٣٠٨ . وما دلم العدل Justice بأمر بان لا يقبل من الانسان عمل تصفى abus فكذلك يجب القول بأنه لا يجوز تمكين هذا الانسان من الاقتناع من نتائج الامتناع عن عمل abstention ذلك الامتناع الذي يقصده الشخص حتى يكون له منه في المستقبل وسيلة من وسائل طلب البطلان moyen de nullité : ٢٣ مارس سنة ٩٢١ ، ٣٣ ، ٢٣١ (والدعوى كانت خاصه بشكل في التنفيذ امام قاضى الامور المستعجلة . وصاحب الاشكال يدعى بان الحكم ليس صادراً في مواجهته . وقد تبين بأنه يصل على أن يصدر الحكم في غير مواجهته وسخر الآخرين حتى يكون ذلك ذريعة للحيلولة بين الحكم الذي يصدر بالملكية وبين تنفيذه فيدعى عدم اعتباره حجة عليه . قضى القضاء بان سعى الشخص من قبل في تدبير امر البطلان فيما بعد سعى تصفى لا يبيح له التمكن من الاستنادة منه فيما بعد) . وإلّا تدعى او المستأنف أن يترك حقه في المراجعة أو الاستئناف الا ان ذلك غير جائز إذا كان فيه خسران للخصم بان احتفظ بالتواك الحق في الرجوع في المدهومه بين جديد : استئناف ٥ مارس سنة ٩٢٤

٥. - فى الضرر المادى

والضرر غير المادى

٨٢٧ - قلنا إن قيام صاحب الحق بالانتفاع بحقه لا يترتب عليه مسئولية ما اذا أصاب الغير ضرر من الانتفاع بهذا الحق . ويجب على كل فرد فى الحياة أن يتحمل ما يصيبه من الضرر فى استعمال الغير حقه ، كما أن هذا الغير يتحمل الضرر الناشئ فى استعمال ذلك الفرد لحقه أيضاً . وكأن الضرر فى الحياة تبادلي ، أو أن الحياة مقاص فى الاضرار . لانه اذا كان من طبيعة الحياة التبادل فى المنافع فلا بد أن ينجم عن ذلك أيضاً تبادل فى الضرر . لان التبادل فى المنافع يجزئ حتماً وراه تبادلاً فى الضرر . واذا كان الفرد فى الحياة مكرهاً بناء على ذلك على تحمل الاضرار الناشئة عن استقلال الغير لحقوقهم فانه يجب أن يلاحظ فى ذلك أن الضرر لا يجوز أن يتعدى حداً مقولاً بحيث لا يصح التسامح اذا عظم شأنه وقاوم أمره وخرج عن مقدور الفرد فى التحمل والسكوت عليه . فالضرر المباح ما كان عادياً^(١) وغير المباح ما كان غير عادى^(٢) . وليس معنى عدم تحمل الضرر غير المادى ان هذا الضرر هو وليد لعمل غير مشروع . بل الضرر فى ذاته ناشئ عن عمل مشروع وحجج قانوناً . ولكن استقلال الحق انتج من الاضرار ما لا يصح معه السكوت عليها . فاذا انشئ مصنع من المصانع وكان يتصاعد منه دخان من المداخل والآلات البخارية ثم يهبط هذا الدخان سطوح الجيران فتلوث ملابسهم البيضاء المنشورة على السطوح جاز الجيران مطالبة رب المصنع بتعويض^(٣) وكيف تمكن المطالبة بالتعويض مع أن صاحب المصنع قد حصل على رخصة بائشاء مجله من السلطة الادارية ؟ وهل يجوز مطالبة الحكومة بتعويض أيضاً بالتضامن مع صاحب المصنع ؟ إن الحكومة فى اعطائها للرخصة لم تحس حقوق

(١) préjudice normal (٢) préjudice anormal (٣) وإذا كان الحكومة الحق

فى اخذ الارثية اللازمة لصيانة الجسر من ارض الجار بلا تموضه فانه يجب عليها فى هذه الحالة ان تحضر فى عملها كما يجزئ رب الاسرة المعنى باموره un bon père de famille بحيث اذا خالفت هذه القاعدة تحتم عليها التعويض كما اذا اخذت الارثية من الجار بحيث اصبحت ارضه غير سالحة بالمرءة لمرارة : ٣٠ يناير سنة ١٩٠٨ ، ٢٠ ، ٢٩

الافراد الجيران في المطالبة بالتعويض إذا أصيبوا بضرر، هذا أولاً - وثانياً لأنها لا تطالب بتعويض لأنها لم تخالف في اعطاء الرخصة الواضح والقوانين . وأما الزام صاحب المصنع بالتعويض فانما يرجع في نظر أنصار المسؤولية الشنيئة الى نظرية الخطر المستحدث^(١) أو الى قاعدة الغرم بالغرم . فلا يجوز لصاحب المصنع أن يصيب مكاسب جمّة من مصنعه ، بينما الدخان يلوث ملابس الجيران المنشرة على أسطح المنازل . ويجب عليه تعويضهم عما يصيبهم من الضرر : اما اذا كان الدخان بسيطاً ويتصاعد في أوقات متقطعة وبقدر قليل بحيث يكون الضرر منه مما يصح التجاوز فيه فلا محل للتعويض لانه يعتبر ضرراً عادياً لا بد من تحمله والسكوت عليه .

واذا قامت الحكومة بأعمال عامة وترتب عليها نقص في صلاحية البيوت أو سد لمنافذها أو تقييد في مسالك الوصول اليها حق التعويض أيضاً^(٢) واذا ترتب على قيام الادارة بأعمال للنافع العمومي ضرر بالغير اعتبر ذلك بمثابة نزع ملكية مؤقتة وحق التعويض على الحكومة . ولكن يجب مراعاة ما عاذ من النفع على الغير^(٣) واذا وقع شخص حجراً تخلفاً بأكثر مما له أصبح مسؤولاً حتى لو لم يكن سبب النية^(٤)

مسؤولية الفرد عن أعمال من هو مسئول عنهم

٨٢٨ - رأينا في الحالة الاولى مسؤولية الفرد عن أعماله هو . والآن نتكلم عن مسؤوليته هو عن أعمال من وكل أمرم اليه

قررت المادة ١٣٨٤ الفرنسية قاعدة عامة بقررتها الاولى في مسؤولية الشخص عن أعمال من هم تحت كنفه ورعايته وعن الاشياء تحت حيازته تمينت من هم الملاحظون أى للمسؤولون ومن هم الملاحظون أى الذين تصدر منهم مباشرة الاعمال الضارة . قللاً يلاحظون هم الاب ، والام بعد وفاة الاب ، والمخدوم والاصيل والمربي في المدارس ،

(١) risque créé (٢) ٤ يناير سنة ١٩٠٤ ، ٦٠ ، ٩٤ (٣) ٧ يونيو سنة ١٩٠٠ ، ٢٣ ، ٢٢٤ ، (٤) ١٨ مايو سنة ١٩٠٧ ، ١٩ ، ٢٥٥ . - انظر عكس ذلك حكم ابتدائي ٦ نوفمبر سنة ١٩٠٥ ، ٧٠١ ، ١١٦

والمعلم في الصناعة . وأما الملاحظون فهم الابناء القصر المقيمون مع آبائهم والخادم والوكيل والتلميذ والصبي في الصناعة

وقد لاحظنا أن القانون المختلط ذكر بالمادة ٢١٣ مسؤولية الملاحظ بوجه عام دون أن يبين من هو الملاحظ أيضاً . ثم ذكر بالمادة ٢١٤ مسؤولية المخدم عن أعمال خادموه وقت قيامه بالخدمة

وقرر القانون الاهلي بالمادة ١٥١قرة ثانية وبالمادة ١٥٢ ماقرره القانون المختلط سواء بسواء . ولا حاجة بنا الى اعادة مقررناه بشأن الشواذب التشريعية والنقص الفني من وضع هذه المواد . ولذا وجب في شرح هذه النظرية الرجوع الى المادة ١٣٨٤ الفرنسية التي تعتبر اوضح وأكمل من حيث الالام بشتات الموضوع وشعبه (١)

١) في المسوغ القانوني لهذه المسؤولية

٨٢٩ — يرجع المسوغ القانوني لهذه المسؤولية الى تقصير من جانب الملاحظ . وهذا التقصير (٢) هو سبب المسؤولية . والتقصير إما أن يكون راجعاً الى افعال في الرقابة والملاحظة واما الى سوء اختيار الخادم . وليس صحيحاً أن يقال بأن السبب في المسؤولية ان المراقبين يكونون في الغالب . مسرين فلا يحصل الشخص المضار على تعويض ما ، ومع ان ذلك قد قبل في الاعمال التحضيرية لهذه المادة الفرنسية الا انه قول لا يؤبه له في عالم التفسير العلمي الفني الصحيح

٢) في خصائص هذه المسؤولية

وكيانها القانوني

٨٣٠ — لهذه المسؤولية خصائص لا بد من تعيينها وهي .

١) المسؤولية هذه مدنية صرفة . بمعنى ان المراقب المسئول لا يسأل الامدنياً . واما الملاحظ فقد يكون مسئولاً جنائياً وحده دون ان يشاركه في هذه المسؤولية الجنائية من له حق الرقابة عليه

(١) ويرى القضاء انه يجب عدم التوسع في تفسير هذا النوع من المسؤولية لانه استثناء لقاعدة التلحق من أن الانسان لا يسأل الا عن أعماله هو : ٢٨ فبراير سنة ١٨٠٩ ، ١٢٧

(٢) faute

(٢) مسئولية الملاحظ من الوجهة المدنية لا تحول دون مسئولية الملاحظ من الوجهة المدنية أيضاً بمعنى انه يجوز للشخص المضار ان يطالب الاثنين بالملاحظ والملاحظ بالتعويض معاً أى يطالب كلا منهما بكل التعويض دون تميزته

(٣) قال الشارحون الفرنسيون بشأن المادة ١٣٨٤ انها وردت على سبيل الحصر فيما عدده من ملاحظين وملاحظين . وجاءت المواد المصرية عامة . ولكن يجري القضاء هنا على اعتبار ما ورد بالمادة ١٣٨٤ فرنسية متديجاً أيضاً في مفهوم المواد المصرية . وربما كان في التعميم معنى الدقة في التعبير من حيث الاطلاق في البدايتنا توافرت شروط الرقابة والملاحظة .

(٣) في أنواع هذه المسئولية

١ - في مسئولية الآباء

٨٣١ - مسئولية الآباء عما يصدر من اولادهم القصر المقيمين معهم شروط خاصة هي :

(١) يشترط في الولد أن يكون قاصراً . فاذا بلغ فلا مسئولية على أبيه حتى لو كان مقباً مع هذا الاخير . اما اذا كان بالغاً ومعتوهاً وكان تحت رقابة أبيه جاز تطبيق المادة ١٥١ ققرة ثانية باعتبارها أعم من المادة ١٣٨٤ فرنسية ، وهذا بخلاف رأى القضاء الفرنسي فانه يأخذ في هذه الحالة بالمادة ١٣٨٢ للقررة لقاعدة للمسئولية العامة ، وذلك كله لان نص المادة ١٣٨٤ لم يكن عاماً ومطلقاً كما جاء النص المختلط بالمادة ٢١٣ والنص الاهلي بالمادة ١٥١ مطلقاً

(٢) يشترط أن يكون القاصر مقيماً مع أبيه وأمه . فاذا انتفى هذا الشرط انتفت معه المسئولية . فاذا كان الولد تلميذاً بالقسم الداخلي بالمدرسة ينال ويأكل فيه فلا مسئولية على الاب أو الام . كذلك اذا احتضن الولد حاضناً أو حاضنة . أم اذا كان الولد يشتغل في مصنع تحت رقابة رب المصنع : في هذه الاحوال كلها لا مسئولية حيث لا مناسكة . وعلى ذلك فالمسئول هو المصنع أو المدرسة ، ووجه عام من تولي إمر الرقابة كالسجن العادي أو سجن الاحتذات فيما يقع من المجرمين كباراً أو صغاراً .

٨٣٢ — ولا يشترط في المسؤولية أن يكون الملاحظ أباً أو أمّاً بل النص للصري علم فتمتع المسؤولية أيضاً إذا كان الملاحظ جدّاً أو جدة صحيحين كانا أو طليدين . إذ تطبق المادة ٢١٣ مختلطاً أو ١٥١قرة ثانية اهلى . ولكن القضاء الفرنسى لا يطبق المادة ١٣٨٤ في هذه الحالة بل يأخذ بالمادة العامة ١٣٨٢ لانه يرى أن ما ورد بالمادة ١٣٨٤ قد جاء على سبيل الحصر لا على سبيل التمثيل كما رأينا .

٨٣٣ — هذا ويجوز أيضاً اعتبار الاب أو الام مسئولاً عن أعمال ابنه حتى لو لم يكن مقياً معه في معيشة واحدة إذا ثبت أن العمل الذى وقع من الابن انما كان نتيجة سوء تربيته وان صلة السببية قائمة بين هذا العمل وما أخذه الولد عن أبيه أو عن أمه من سوء المثل^(١)

٨٣٤ — ويجوز أن يكون الاب والابن مسئولين بالتضامن كما اذا اعطى الولد ابنه سيارة وهو في معيشة واحدة معه وأنتليت به^(٢)

(٣) حراسه للابهاء : الاصل أن الحراسة للاب فهو مسئول عن أعمال ابنه حتى ولو كان هذا الأخير مقياً مع والديه أبيه وأمه . فاذا حال حائل دون حراسة الاب وظلت الام حارسة دونه اعتبرت مسئولة كما يحصل ذلك في حالة غياب الاب لاي سبب كعمل تجارى أو لانه سجن في حقوبة حكم بها عليه أو اعتقل لاي سبب^(٣) أما القيم والوصى (سواء كان القيم قيماً شرعياً أى منصباً من المجلس الحسبى ، أو قيماً جنائياً أى منصباً من قبل المحكمة الاهلية في حقوبة جنائية وسواء كان الوصى وصياً مختاراً أم وصى القاضى) فان ولايتهما مقصورة على المال دون النفس وعلى ذلك لا مسئولية عليهما^(٤) أما اذا وكل اليهما أمر النفس أيضاً من جانب المجلس الحسبى فقد أصبحت تحت نطاق المادة ١٥١قرة ثانية . والقضاء الفرنسى لا يرى القيم داخل ضمن المادة ١٣٨٤ لان هذه وردت على سبيل الحصر كما ذكرنا

(١) ٧٠٠، ٢٠٧٦، ٧٠٠، ٢٠٧٥، ٨١ (٢) استئناف باريس ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٢ للمحاماة

٤١٤ (٣) ولا تبدأ مسؤولية الاب الا من يوم بلوغ الولد سن سبع سنوات لان الولد قبل ذلك في حضنة امه : ٥ فبراير سنة ١٩١٩، ٣١، ١٥٠

(٤) وبذا تكون ام القاصر مسئولة عن قويض الضرر الناشئ عن فعل ابنها القاصر ولم تكن

على الوصية عليه : جزئى مستأنف ٧ فبراير سنة ١٩١٠، ٩١٠، ١٥٠، ٣٢٢

هذا ويلاحظ أن المادة ١٣٨٤ الفرنسية قررت بأنه يجوز للاباء اقامة الدليل على أنهم قد اتخذوا ما يمكن اتخاذه من الاحتياطات في درء الضرر الا أنهم لم يفلحوا في النهاية ، وفي هذه الحالة لا محل لتقرير مسئوليتهم ، لان أساس المسئولية التقصير في الرقابة ، وحيث لا تقصير فلا مسئولية

٢ - في مسئولية المربين

٨٣٥ — قررت المادة ١٣٨٤ الفرنسية مسئولية المربين عما يحصل من تلاميذهم للغير من الاضرار أثناء قيام الرقابة على التلاميذ . وتدخل هذه الحالة تحت نطاق المادة ١٥١ أهلى بالفقرة الثانية المقابلة للمادة ٢١٣ مختلط باعتبار أن المادة للصريه عامة . والاصل في هذه المسئولية هو سوء الرقابة من قبل المربين . وعلى ذلك لا محل لتطبيق المادة المذكورة ، فرنسية كانت أو مصرية ، أهلية أو مختلطة ، بل يجب تطبيق المادة ١٣٨٢ فرنسية والمادة ١٥١ فقرة أولى أهلية في حالة ما اذا حصل الضرر للتلميذ نفسه . والضرر اما أن يكون ناشئاً عن سوء حالة المكان المعد للتربية أو عن اهمال المربي نفسه

٨٣٦ — وللمربي أيضاً حق اقامة الدليل على انه اخذ كل الاحتياطات في منع الضرر وانه رغم ذلك وقع الحادث . فاذا ضرب تلميذ آخر ضربة فجأة وتسبب عنها ضرر بالمضروب فلا مسئولية على المربي اذا ثبت بأنه قد قلم بالرقابة من قبل وأن هذا الشجار بين التلميذين لم يسبقه قول متبادل بينهما بل حصل الضرب على غرة من المربي

ويدخل في طائفة المربين كل من أشرف على الصبية داخل المدارس من مدرس وناظر وضابط ، ولا فرق فيما اذا كان التلميذ بالغاً أو قاصراً ولا تمتشى المواد المذكورة على المربي المنتقل من دار الى دار يربي الصبية في بيوتهم باعطاء دروس خاصة

٨٣٧ — وقد قرر بفرنسا احلال مسئولية الحكومة نفسها محل مسئولية للدرسين بالقانون الصادر في يوليو سنة ١٨٩٩ فيما يتعلق بمدارس الحكومة دون المدارس الاهلية . ويلاحظ بأن هذا القانون لا يحول دون تطبيق المادة ١٣٨٢ ضد

المرتب في اذ اثبتت الاحمال من جانب. وليس الغرض من القانون المذكور رفع للمسئولية بل احلالها مكاناً آخر. وأما في مصر فما دلم لا يوجد مثل هذا القانون فيجب تطبيق القواعد العامة، بمعنى أن الحكومة تكون مسئولة في هذه الحالة طبقاً للقواعد المقررة في مسؤولية الحكومة عن اعمال موظفيها أثناء تأدية وظائفهم، أى يرجع الى المادة ١٥ من لائحة انشاء المحاكم الاهلية والمادة ١٥٢/٢١٤ مدنى باعتبار هذه المادة الاخيرة عامة مطلقة

٣ - مسؤولية اصحاب الصناعات

٨٣٨ — يسأل اصحاب الصناعات^(١) عن الاضرار الناشئة عن الصبغة^(٢) الذين يتعلمون عندهم طالما انهم تحت رقابتهم. ولاصحاب الصناعات حق اقامة الدليل على انه لم يقع تقصير من جانبهم

١ - مسؤولية اصحاب الاعمال والمخدومين

٨٣٩ — يراد بصاحب الاعمال^(٣) الاشخاص الذين لهم اعمال خاصة بهم فيفوضون الى الغير أمر ادارتها بعضاً أو كلاً، ويسمى الغير هذا اما وكيلاً أو مستخدماً أو عاملاً، وتطلق عليه كلمة مستخدم^(٤) ويراد بالمخدومين^(٥) الاشخاص الذين يستخدمون الغير لأداء حوائجهم كسائق العربى والخدام بالبيت وتطلق عليهم كلمة خدمة^(٦)

(١) artisans (٢) apprentis (٣) commettants (٤) préposés وربما تصدق هذه النظرية على الحكومة مع الخفاء. ولهؤلاء لائحة صدرت في ١٠ نوفمبر سنة ١٨٨٤ بتقرير مسؤوليتهم في احوال مخصوصة. ويقول القضاء بنقلها لمدى العمل بها: استئناف ١٧ يناير سنة ١٩٢٢ م ر ا ٢٤٦ م ٥٢ عدد ٣١ - طنطا الكلية ١٨ ابريل سنة ١٩٢٢ الهامة ٣ م ٧٩ عدد ٥٠ ويقول هذا الحكم الاخير « بان ترتيب مسؤولية مدنية على تصور رجال الحفظ في مهتهم الخاصة باتقاء الاعتداء على الانفس والاموال بتدبر المستطاع لا يستند الى اساس قانونى قلتم بتوليهم عمل الحفظ كرها او اختياراً لم يلزموا باى عهد للجور ولا الجمهور اكتسب عليهم حق بدفع اجور الخفر للحكومة، حتى ان صح انه اكتسب حقاً قبل الحكومة التى تتولى جباية تلك الاجور » اه ولكن نلاحظ ان المسؤولية واضحة حقاً اذا كان هناك خطأ وعلى الاقل خطأ جسيم اما من قبل الحكومة من جهة الاختيار والرقابة، واما من جهة رجال الحفظ في قيامهم بأمر الخفارة لان الخطأ لا يبنى مطلقاً من نتائج خطأ الجسيم. وتصدق النظرية على الحكومة من موظفيها ومستخدمها ايضا ولا يؤثر على هذه المسؤولية الضمانات التى يقدمها الموظف وقت دخوله في الخدمة.

: استئناف ١١ ديسمبر سنة ١٩١١ (٥) maitres (٦) serviteurs

فأصحاب الاعمال والخدميين في مستوى واحد من حيث المسؤولية فيما اذا وقعت من عمالهم وخادمتهم اضرار بالذير أثناء قيامهم بعملهم التي عهدت اليهم من قبل أصحاب الشأن وهم أصحاب الاعمال والخدميين

ولقد وردت عبارة أصحاب الاعمال والخدميين بالمادة الفرنسية ١٣٨٤ ووردت عبارة الخدميين وخدمتهم بالمادة ٢١٤ مختلط والمادة ١٥٢ اهل . ولم ترد بالنصين المصريين عبارة أصحاب الاعمال ووكلائهم. ولكن المفهوم ان النص المصري مع هذا الابهام يعتبر عاماً ، باعتبار أن الاصل مسئول عن أعمال وكيله ، كالسيد المسئول عن أعمال خادمه لرابطة السببية في كل . هذا ويلاحظ بان المادة ١٣٨٤ الفرنسية لم تبيح حق اقامة الدليل العكسي من قبل أصحاب الاعمال والخدميين ، أي حق اقامة الدليل على عدم حصول تقصير من جانبهم كما أباحت ذلك فيما يتعلق بالآباء والمربين وأصحاب الصناعات . وعدم الاباحة هذا لم ينقل الى النصوص المصرية بل المواد ٢١٤ مختلط و ١٥٢ اهل . ولذا يجب معرفة مرمى المادة ١٣٨٤ الفرنسية وبعد مداخلة ثم شرح المادتين المصريتين على ضوء هذه المادة الفرنسية

§ ١ - في أسباب هذه المسؤولية

٨٤٠ - يرجع واضع القانون للمدني الفرنسي في هذه المسؤولية الي سببين :

اولاً . سوء الاختيار : أي ان السادة هؤلاء أساءوا في اختيارهم لعمالهم . فلم يحسنوا الانتقاء ولم يعينوا في خدمتهم أهل الحرص والعناية منهم وأنه ليس من العدل أن يتحمل المجني عليه ، أي الشخص المضار ، نتيجة سوء اختيار السيد ثانياً . سوء الرقابة : في أن الخدميين لم يراقبوا أعمالهم رقابة تحول دون وقوع الاضرار بالذير

· في منع إقامة الدليل العكسي : لم تبيح المادة ١٣٨٤ الفرنسية اقامة الدليل العكسي أي اثبات عدم حصول تقصير ما من قبل الموكلين . وكان للشرع الأول

لقانون نابليون يبيح هذا الالبات ولكن الهيئة التشريعية ^(١) رفضت هذه الالباحة. وقررت بأنه في حالة النزاع بين المجني عليه والوكيل يجب تفضيل المجني عليه. وقيل وقتذاك بأنه من العدل أن يتحمل السيد النتائج الضارة الناشئة عن الخدمات التي يستفيد منها هو

وربما يستفاد من ذلك أن أمر افتراض حصول التقصير من جانب المخدم أصبح ظاهرياً لا يعاب به وأصبحت المسئولية في هذه الحالة لارجع للتقصير مطلقاً. لانه ماذا يفيد القول بافتراض حصول التقصير اذا لم يتمكن الشخص المسئول من حق إقامة الدليل القاطع على عدم حصول تقصير من جانبه ؟

أليس معنى ذلك أن المسئولية هنا أساسها نظرية الخطر المستحدث ^(٢) أى أن المخدم يجب عليه أن يتحمل الخسائر التي تنشأ عن أعمال خدمته مادام انه هو الذي يستفيد من هذه الاعمال ؟

ولكن يلاحظ في ذلك كله ان الاصل في تقرير مسئولية المخدمين راجع الي افتراض التقصير من جانبهم بسبب سوء الاختيار وسوء الرقابة ^(٣) هذا هو الاصل الذي رجع اليه واضعو قانون نابليون في تقرير هذه المسئولية . فاذا وقع الضرر في غير الاحوال المفترض فيها سوء الاختيار وسوء الرقابة كان من المتعذر تحميل المخدمين نتائج الاضرار التي تنشأ عن أعمال خادميهم في غير حالتى سوء الاختيار وسوء الرقابة .

٨٤١ — على أن الذي يجب أن يراعى هنا في تفسير المادة ١٣٨٤ تفسيراً يتفق مع ما قرره واضعو قانون نابليون لاجل التوفيق بين فكرة التقصير من جهة وفكرة تحمل المخدم خسائر أعمال خادميهم بما انه هو الذي يستفيد منها دون غيره ، من جهة أخرى ، يجب لاجل هذا التوفيق أن يراعى التقسيم الآتى :

(١) Tribunal (٢) risque créé (٣) وقد تنقلب هذه المسئولية المدنية الى مسئولية جنائية اذا كان سوء الاختيار وسوء الرقابة جسيماً. فاذا اختار السيد سائقاً لم يربته ضعف النظر وداس السائق طفلاً أصبح السيد مسئولاً جنائياً ايضاً مع السائق. جزئى ٢٧ فبراير سنة ١٩١٣ م ر ١١٤٠١ ص ٢١١ . - واذا وقع الضرر بسبب خطأ المجني عليه فلا مسئولية على السيد : بحكمة جيش بفرنسا ٢٥ اكتوبر سنة ١٩٢٢ المحلة ٥٤ ، ٨٥٠ عدد ٦٤ (وكان عامل عند مقول يعمل خرق مصوغات لم يخط صاحبها في حفظها قضى بان لا مسئولية على المقول)

أولاً: حالة المخدم الذي يستغل خادمية ويجعلهم يشتغلون على حسابه : في هذه الحالة من العدل أن يتحمل الخسائر لأن هذه الخسائر هي مقابل ما يستفيد به من أعمال خادمية فمن الحق والعدل أن يفرم بقدر ما يفرم وأن لا يفرم فقط ولا يفرم ثانياً : حالة للمخدم العادي الذي يستعين بخادمية في قضاء حاجاته العادية دون أن يرمى إلى فكرة الاستغلال وتحصيل الأرباح من طريق تشغيلهم تشغيلاً مستمراً يرجو من ورائه مغام يصبو إليها : في هذه الحالة لا يسأل كما في الحالة الأولى ، إلا إذا ظهر بأنه هو الآخر يستغل خادمية لأغراض غير مالية ولكنها أغراض على كل حال ذات قيمة خاصة بحيث إذا لم يستعن بخادمية في هذا العمل ما وقع الضرر ^(١)

٨٤٢ - القانون رقم ١٣٨٤ فرنسي من افتراض التصير ، قررت أن المادة ٨٣١ الماني ما قررت المادة ١٣٨٤ فرنسي من افتراض التصير ، قررت أنه إذا ظهر بأن المخدم قد أظهر من العناية ما يجب أن يحصل عادة وعملاً فلا تعويض عليه. كذلك لا تعويض فيما إذا قام الدليل على أن الضرر كان لا بد من وقوعه حتى لو قام بالعناية اللازمة القانون السويسري . قررت المادة ٥٥ سويسري بأن المخدم ^(٢) مسئول عن الأضرار الناشئة عن أعمال مكتبته ^(٣) ومستخدمي مكتبته ^(٤) وعماله ^(٥) وقت أداء عملهم فيما إذا لم يثبت المخدم بأنه قام بواجب العناية اللازمة التي تهمها الظروف الخاصة لأجل المبالغة بين وقوع هذا الضرر أو أن ما قام به من العناية لا يحول مع ذلك مطلقاً دون ضرورة وقوع الضرر

٨٤٣ - من هم الخادمون ومن هم الوكلاء . يراد بالخادمين والوكلاء الأشخاص الذين اختارهم المخدم والاصيل وظلوا تحت رقابتهما أي يجب أن يلاحظ الاختيار والرقابة فإذا اتفق الشرطان فلا محل لقرار المسؤولية وعلى ذلك لا مسؤولية في الأحوال الآتية

١ (رؤساء المصالح لا يسألون عن أعمال مستخدميهم لانهم لم يختاروهم اختياراً حراً يرجع لارادتهم الشخصية

(١) كولون وكلائه ج ٢ ص ٣٩٣ (٢) employeur (٣) commis (٤) employés (٥) ouvriers

ولا مسؤولية على هذا الاخير فيما اذا وقع الضرر في غير أثناء تأدية الخدمة وصدر العمل المحدث للضرر دون أن يكون للتسبب فيه صفة ما باعتباره خادماً أو وكيلاً . ولكن يكون المخدوم مسئولاً حتى لو خالف خادمه أو امره وحتى لو كان العمل الضار لا يتصل مباشرة بإداء الخدمة أو الوظيفة . مثال ذلك

(أ) مؤجر العربات مسئول عن عمل سائق العربة اذا اختلس هذا الاخير لنفسه أشياء تركها الزاكب بالعربة سهوآ

(ب) كذلك يعتبر مؤجر العربات مسئولاً عن الاعمال التي تصدر من اشخاص أركبهم سائق العربة بالعربة تساهلاً وبلا أجر

(ج) وتعتبر مصلحة السكة الحديدية مسئولة عن أعمال مستخدميها حتى لو لجأ هؤلاء الى هذه الاعمال مستعينين فيها بوسائل السهولة التي ترجع الى طبيعة العمل المكلفين به .

(د) والاصل ان المخدوم لا يسأل عن الاعمال الجنائية التي ارتكبها خادمه لمناسبة قيام هذا الاخير بخدمة مخدومه والتي لا صلة لها بأعمال المخدوم . ولكن اذا كان الخادم قد أراد هذا العمل الجنائي باعتقاد انه يجربه في مصلحة مخدومه وأخطأ في الاحاطة بحدود وظيفته فيسأل المخدوم مع ذلك عن هذا العمل ^(١)

مسئولية المخدوم والخادم معاً : للجنح عليه حق مطالبة كل واحد من الاثنين بجميع التعويض . وللمخدوم حق الرجوع على الخادم في حالة تقصير هذا

حكم استئنافي ٣١ يناير سنة ١٩٢١ م ر ١ - ٣٣ ص ٨٧ عدد ٥٥ ، سوردا ج ٢ ن ٩٢٤ وما بعدها . - ويجوز للسيد الذي يمكن ان يمد مسئولاً عن تعويض الضرر الناتج عن جريمة ارتكبها خادمه ان يدخل في الدعوى الجنائية القائمة على ذلك الخادم ليدفع وجود الجريمة : جنح ١٩ أبريل سنة ١٩٢٢ م ر ١٩ ص ١١٠ عدد ٦٩ ، جازو ص ٤٤٣ الوجيز - سوردا ن ٨٠٤ . - واذا سار سائق السيارة بناء على امر سيده بسرعة تزيد عما قروبه الواجب ونشأ عن ذلك قتل انسان من غير عمد عد السائق فاعلا أصلياً وسيده شريكاً في التحريض من الوجهة الجنائية : النقض ٩ يونيو سنة ١٩١٧ م ر ١ ص ١٨ ص ١٧٩ . - وتسال مصلحة الصحة عن خطأ المرض في خدمتها اذا اخطأ هذا الاخير واعطى المريض دواء من الدواء سها كان - سبياً في موته : استئناف ٢٩ مارس سنة ١٩٢٠ م ر ١ ص ٢٢ ن ٦٧ عدد ٣٦ (١) فلذا اعتدى ناظر الاثره بصلاح نظري على عمال القنول في اعمال عمومية باعتقادهم انقلوا الزواجة اصبح صاحب الاثره مسئولاً مدنياً : ٢٢ مايو سنة ١٩٠٠ ، ١٢ ، ٢٧٤٤ .

الآخر . ولا رجوع فيما اذا كان الضرر راجعاً الى طبيعة العمل المكلف به الخادم أو العامل^(١)

٨٤٤ — وبماذا تفسر إذن المادة ١٥٢/ ٢١٤ مدني المصرية ؟ هل تفسر تماماً كللادة ١٣٨٤ الفرنسية حتى فيما يتعلق بمنع اقامة الدليل العكسي أي عدم اباحة اثبات التقصير ؟ يجب في نظرنا ان تراعى في تفسيرها المادة ١٣٨٤ الفرنسية والمادة ٨٣٩ الالمانية والمادة ٥٥ السويسرية مع مراعاة حالة المخدم فيما اذا كان قد أراد استقلال عامله أو خادمه كما مر ذكره أو استخدام عامله كالعادة فقط دون استقلال ورغبة للكسب والمغنام . أي يجب الاخذ بنظرية المخاطر^(٢) في حالة الكسب من قبل المخدم . وأما في الحالة الاخرى يؤخذ بنظرية القضاء والقدر فيما اذا كان الخادم يقوم بالمهام العادية لمخدمه

في المسؤولية الناشئة عن الاشياء

(١) في المسؤولية الناشئة عن الحيوانات

٨٤٥ — قررت المادة ١٣٨٥ الفرنسية مسؤولية مالك الحيوانات أو من يستغل الحيوان سواء أكان في حيازته أم تسرب منه . وقررت مثل ذلك المادة ٢١٥ مدني مختلط والمادة ١٥٣ مدني أهلي وجاءت عبارتهما واحدة ولكنها مختلفة مع عبارة المادة الفرنسية إلا أن المعنى واحد في المواد الثلاث

ويقول أنصار نظرية المسؤولية التقصيرية بأن السوخر القانوني لمسؤولية المالك للحيوان هو سوء الرقابة من جانب المالك أي التقصير . أما القائلون بالمسؤولية الشئبة فاتهم يقولون بأن السوخر القانوني هو الخطر المستحدث

وفيما اذا نظر الى هذه المواد باعتبارها تقرر المسؤولية التقصيرية هل يجوز للمالك الحيوان اقامة الدليل العكسي كافعلت المادة ١٣٨٤ بالنسبة للاباء والمربين ؟ يقولون

(١) ولا تسرى احوال الخادم والمخدم على الحكومة مع عساكرها اذا رقت العسكرية للقتل من خمسة البوليس واجيد الى الرديف ثم رقت : استئناف ١٩ يناير سنة ١٩١١ م ر ا . ١٢ ص ٧٥ (راجع اسباب الحكم فيها هامة) (٢) risque

بالإيجاب . ولكن ماذا يثبت المالك ؟ هل يثبت انه لم يقع منه تقصير ما أى انه قلم
بواجب مراقبة الحيوان كما يجب ؟ أم يثبت حصول التقصير من جانب المجنى عليه
الذى أصابه الضرر ؟ أم يثبت أن الحادث وقع بالقضاء والقدر أى بحادث جبرى
أو قهري ؟

الظاهر أن في مصلحة مالك الحيوان اقلية الدليل على انه قلم بواجب المراقبة .
وأما قيامه بإثبات تقصير الغير او اثبات الحوادث الجبرية والقهرية فيه ارهاق له .
ومع ذلك فقد قرر القضاء الفرنسى هذا الرأى الأخير^(١)

٨٤٦ — والمسئول عن اضرار الحيوان هو المالك وكل شخص يستخدم
الحيوان خلاف المالك كالمستعير للحيوان^(٢) والمستأجر وكل شخص يحتفظ بالحيوان
بسبب حرفته دون ان يستعمله صاحب الفندق . والمتعهد بنقل الحيوانات من عربة
من عربات السكة الحديدية الى المحل المعين لها . ويجب ملاحظة معرفة الوقت الذى
انتقل فيه الحيوان من يد صاحبه الى يد مستعمله وهذه مسئلة موضوعية ترجع للظروف .
وعلى المالك اخبار المستعمل للحيوان ببيوه والا كان مسئولاً بمقتضى المادة ١٥١
فقرة أولى مدنى أهلى^(٣) ويجب الاخذ بالمادة ١٥٣ فيما اذا كان الذى أصيب بالضرر
هو الخادم والمستخدم عند مالك الحيوان اى يفترض حصول التقصير في هذه الحالة
عند مالك الحيوان الا اذا كان المستخدم قد ذهب بالحيوان في قضاء اعمال طويلة
تحتاج لايام وأصبح الامر في مراقبة الحيوان ورعايته بيده كما يحصل ذلك بشأن
للمستخدم السائح التجارى^(٤)

٨٤٧ — والمسئولية واقعة فيما اذا كان الحيوان تحت يد المالك او المستعمل له

(١) ولا محل لهذه المسئولية في حالة القوة القاهرة او خطأ المجنى عليه : ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٠٢ ، ١٥
١٨ . واذا سلم مالك الحيوان حيوانه لآخر ذاك عن المالك المسئولية : ٢٧ مارس سنة ١٩٠٧ ، ١٩ ،
١٨٧ . - واذا اخذ الربيجي او السائح الحصان لعمل شخصي لهما فلا مسئولية على مالك الحيوان
(الحكم نفسه) (٢) commodataire (٣) واذا اصيب الربيجي اثناء خدمته بمجرع يبلغ
من حصان مخدومه مع انه كان محتاط لنفسه منه ، اصبح السيد مسئولاً اخذاً بالمادة ١٥٣ مدنى
لذا لم يثبت ان الضرر نشأ عن خطأ الخادم او بالقضاء والقدر : استئناف ٣ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ر ١٤
١٤ م ٢٧ (٤) commis-voyageur س ١٠ ٩٠٩ ، ١٠ ٣٧٧ وقال Charmont

أو كان قد فر منها هاربا . وإذا لم أحد المارين وأراد توقيف حيوان هارب يعلو بسرعة وأصيب النار بضرر جازله المطالبة بتعويض لأن عمله في توقيفه للحيوان لا يعتبر تحصيلاً من جانبه يحرمه من حق المطالبة بالتعويض^(١)

أما الحيوانات المتصدرة بالمادة ١٥٣ فهي الحيوانات المنزلية والحيوانات التوحشة التي توجد تحت رعاية المالك والحيوانات السائبة التي تعتبر عقاراً بالتخصيص^(٢) كالأرانب الفيت والنحل. وأما الحيوانات السائبة والتي لا تعتبر مملوكة لأحد فهي مباحة^(٣) ولا يسأل مالك الأرض عن أضرارها إلا إذا عمل هو من جانبه على عدم تسريبها فيعتبر في هذه الحالة مسئولاً بمقتضى المادة ١٥١ ققرة أولى

(٢) في المسئولية الناشئة عن الباني

٨٤٨ — قررت المادة ١٣٨٦ مدني فرنسي ما يأتي : « يسأل مالك الباني عن الأضرار الناشئة عن تهديمها إذا كان ناشئاً عن عدم الصيانة أو العيب بالباني » ومن هنا يرى أن المسئولية قائمة في حالة التهديم قطع وعلى شرط أن يكون التهديم ناشئاً عن عدم مراقبة الباني وحفظها بالعناية من وقت لآخر إما لسبب قدمها أو لآلئ سبب آخر أو يكون التهديم ناشئاً عن عيب بالمعارة وهو العيب الفني الذي يرتبكه عادة المهندس الذي وضع التصميم

٨٤٩ — ولقد أجاز الرومان حق الاحتياط التحفظي^(٤) بأن أبيج للجار الذي يخشى من تهديم ملك جاره أن يأخذ على صاحب الملك المشرف على التهديم عهداً بالضمان^(٥) فإذا رفض إعطاء العهد جاز للبريتور^(٦) تكليف طالب الضمان بوضع يده على عقار جاره

وأما ما قرره المادة ١٣٨٦ فهو قاعدة التعويض^(٧) وليس معنى ذلك أنه لا يجوز للجار أن يرفع دعوى ويطلب فيها إلزام جاره بأخذ الاحتياطات اللازمة ، بل ذلك جائز للجار أن يقوم هو بها باذن من القاضئ على شكل دعوى ويرجم بما صرفه على خصمه

(١) س ٢٠٢٠، ٢١٧، ٢٢٠ ومقال Perream (٢) immeubles par destination (٣) res nullius (٤) procédé de préservation (٥) يسمى cautio damni infecti (٦) préteur (٧) règle réparatrice

٨٥٠ — وليس للمالك العقار أن يفلت من المسئولية المقررة بالمادة ١٣٨٦ إذا توافرت شروطها بل يعتبر التقصير مفروضاً وجوده قبله ولا يباح له مطلقاً حق إقامة الدليل العكسي . إنما إذا ظهر أن السبب في الضرر هو الغير كالمقاول الذي كلفه بالاجراءات التحفظية أو كالمهندس واضع التصميم فإن مسئولية المالك قائمة على كل حال وله فقط حق الرجوع على السبب في الضرر .

٨٥١ — وقد اتخذ أنصار نظرية المسئولية الشيئية هذه للمادة ١٣٨٦ سنداً لهم في تقرير رأيهم ، إذ رأوا أنها تفر افتراض التقصير افتراضاً لا يبيح الدليل العكسي . ولكن أصحاب النظرية العكسية أى نظرية المسئولية القصيرية يقولون مع ذلك بأن أساس المسئولية في المادة ١٣٨٦ راجع الى نظرية التقصير أى اثبات عدم الصيانة والعيب اللاحق بالمارة . ويقولون إنه إذا سقطت عمارة وقت البناء أو سقط بناء أصبح في عداد الآثار التاريخية ، فلا مسئولية في هاتين الحالتين الأخيرتين على المالك طبقاً للمادة ١٣٨٦ إنما المسئولية فيها ترجع للمادة ١٣٨٢ المقابلة لفقرة الاولى من المادة ١٥٢ مدني أهل

٨٥٢ — وقد توسع القضاء الفرنسي في تفسير كلمة المباني ^(١) اذ جعل منها المنقولات المتصلة بالمارة اتصالاً محكماً أى المنقولات المندمجة ^(٢) مثل الصاعد ^(٣) بالمارات المعدة للاستغلال والايجار والآلة المتحركة بالمصنع ^(٤) وأنهار أرض معدة للبناء وسقوط شجرة . ولكن عاد القضاء الفرنسي ورجع عن التوسع في تفسير كلمة المباني وأراد الاخذ بالمادة ١٣٨٣ الخاصة بالتقصير السلبي أى الإهمال والطيش

٨٥٣ — والمادة ١٣٨٦ الفرنسية لا مثيل لها في القانون المصري . ولكن القضاء المصري يأخذ بها ^(٥) . ويرى بعض الشارحين للقانون المصري أن يرجع في تقرير

(١) bâtiments (٢) objets mobiliers incorporés (٣) ascenseur (٤) locomobile - س . ١٠٩٨ ، ٦٥٠ مقال Esmein (٥) ١٥ أبريل سنة ١٩١٦ ، ٢٨ ، ٢٢٩٠ - ٢٠ مايو سنة ١٩١٤ ، ٦٠ ، ٢٧٠ . ويعتبر المستأجر مسئولاً مع المالك إذا استعمل البناء في عمل خطر . - ولا محل لمسئولية المالك الا إذا كان المقار في حيازته . بمعنى انه إذا كان موجوداً تحت يد شخص له عليه حق المأجر فلا مسئولية : ١٥ نوفمبر سنة ١٩١٦ ، ٢٩٠ ، ٤٨٠ . - والمالك مسئول عن سقوط بلكون على المستأجر : ١٥ أبريل سنة ١٩١٦ ، ٣٠ ، ٢٧١ - ١٥ ، ١١١٠ - راجع ١٤ يونيو سنة ١٩١٣ ، ٢٥٠ ، ٤٤٧ - أول يونيو سنة ١٩١٣ ، ٣٣ ، ٣٦١ . وربما تقلب المسئولية الى مسئولية جنائية فيما عدا المالك إذا تسبب عن السقوط موت أشخاص : النقض المصري ٢٨ مارس سنة ١٩٠٨ م ر أ ، ٩٠ ص ٢٨٤

المسئولية في هذه الحالة الى الضالة^(١) . وأما نحن فنانرى اعتبار المادة ١٣٨٦ أنها تقرر مبدأ قانونياً سامياً يتفق مع الضرورات الاجتماعية الحاضرة ، أى تأخذ فيها باعتبارها مريدة لنظرية المسئولية الشئيه ، تلك النظرية التى لا ترجع في تقريرها الى النصوص القانونية فقط بل الى طبيعة الحياة فى الاوقات الحاضرة . لأن مهمة القاضى والمفسر لا تقف عند الجود على النص بل يجب الاستئناس بالضرورات الاجتماعية الجديدة التى لم يعرفها الشارع وقت وضعه للقانون والا انعكست الآيه واصبح الناس مخلوقين للقانون بدلا من أن يكون القانون مسنونا لخدمة الناس كما لاحظ ذلك بحق بورتاليس^(٢)

(٣) المسئولية الناشئة عن الاشياء الجامدة

١ — النظرية العامة

٨٥٤ — للمسئولية الناشئة عن المجادات نظريتان : نظرية المسئولية التقصيرية ونظرية المسئولية الشئيه

قال بالاولى كثير من الشارحين بالرجوع الى المواد ١٣٨٢ وما بعدها باعتبار أن المسئول مقصر ولا يكون مسئولاً الا اذا ثبت التقصير قبله ماعدا بعض الاحوال التى افترض فيها القانون نفسه وجود التقصير الذى قد يقبل وقد لا يقبل دليلاً عكسياً . وقلوا بأن القانون عند ما فرض التقصير فى بعض الاحوال رجع الى ظروف خاصة وهى وجوب الرقابة والملاحظة كما يحصل ذلك بشأن المبانى والحيوانات . ولكن الاشياء الاخرى التى لا يفترض ذلك فلها خاضعة المادة ١٣٨٢ كأنه جار آلة بخارية فى مصنع مثلاً أو مقطوع آية أزهار

٨٥٥ — وأما أصحاب النظرية الأخرى وهى نظرية المسئولية الشئيه فذهبوا يقولون بالمسئولية لمجرد الملكية بصرف النظر عن حدوث تقصير أو عن عدم حدوثه . ويقولون بأن الممارم يجب أن تقوم بجانب المغانم وأنه ليس من العدل أن يضمن المالك فى الوقت الذى يحميه لا يضمن . ورجعوا فى ذلك الى العبارة الثانية من الفقرة الاولى من

(١) دى ملس ج ٤ ص ٦٥ ن ١٤٣ . (٢) Portalis .

المادة ١٣٨٤ وهى العبارة الخاصة بمسئولية الانسان عن الاشياء الموجودة فيجازهه باعتبار أنها تقرر مخاطر الملكية^(١) أى ضرورة التعويض في جميع الاحوال سواء أثبت التقصير أم لم يثبت . وسواء أكان الحادث واقعا بسبب التقصير أم بسبب قهرى أو جبرى ٨٥٦ — وقد جازى القضاء الفرنسى أصحاب النظرية الشيئة في بعض أحكامه^(٢) اذ قضى بتعويض نظير انفجار آلة بخارية . وحكم بتعويض لأحد الجالسين بالقهوة الذي أصيب بسبب كسر زجاجة سيفون — واعتبر القضاء الفرنسى أن المادة ١٣٨٤ بقدرتها الاولى تفيد افتراض^(٣) التقصير لدى كل مالك لاي شيء من الاشياء الخاملة . ولكن حكم القضاء الفرنسى أيضاً من طريق آخر بعدم الاخذ بهذه النظرية^(٤)

٨٥٧ — وقضى القضاء المصرى أيضاً بان شركة الغاز مسئولة عن التسمم بالكسيد الكربون الذى نشأ من تسم غاز الاستنصاح^(٥) ولكن حكم بان الشركة ليست مسئولة عن كسر أنبوبة الماء بسبب انخفاف طيبى بالارض^(٦)

وقضى بان مصلحة السكة الحديدية مسئولة عن الحريق الذى يحصل من تطاير الشرر من قاطراتها فيصيب الاجران القاعة على منطقة خمسة الاقصاب الموجودة جهتي الطريق الحديدى .^(٧) واعتبر القضاء أن المصلحة مسئولة طالما انها لم تأت بآلة تحول دون تطاير الشرر . فاعتبر ذلك خطأ من جانبها . وانه من الواجب على المصلحة أن تعمل على ما فيه منع الضرر^(٨) ويقرر القضاء بانه يجب في حالة الشرر المتطاير من القاطرة أن يثبت المدعى حصول خطأ من جانب مصلحة السكة الحديدية^(٩) وكأن القضاء بذلك يريد أن يجعل مخاطر العمل الحديدى على الافراد لا على المصلحة بالذات .

(١) risque de propriété (٢) ١٧٠١٠٩٧ د ٤٣٣٠١٠٩٧ د س ١٧٠١٠٩٧ د
 (٣) présomption (٤) ٢٤٥٢٠٩٠٩ د ٥٥٧٠١٠٩٠٥ د س ١٤٣٠١٠٩٠٩ د
 (٥) ٦ يوفيو سنة ١٩٤٠ ٣١٦٠٩٠٩٤ (٦) ٢٨ مايو سنة ١٩٠٣ ٣٢٢٠٨٠٩١ (٧) ١٧
 ديسمبر ١٩٠٤ ٥٩٠١٥٠٩٠٤ (٨) ٢٧ مايو سنة ١٩٠٣ ٣٣١٠١٥٠٩٠٣ (٩) استئناف ١٩
 يناير سنة ١٩٠٨ ١٠٠ ١٠٠ ١٠٠ ومن غريب ملورد بإسباب الحكم ما يأتي : « وحيث انه
 يستعمل على مصلحة السكة الحديدية مهما أخذت من الاحتياطات ان تمنع كمية تطاير شرار من مدخن
 واوبراتها ، فلا اهاب اذن ينسب اليها ولا خطأ » اهـ

وهذا يخالف قاعدة مخاطر الشيء^(١) التي قررها جوسران وسالي من ان من يقيم يقيم. وقضى القضاء بان لا يلزم السيد بتعويض الضرر الذي يلحق خادمه اثناء تأدية وظيفته لذا نشأ ذلك عن اهل جسيم وقع من الخادم المذكور^(٢)

٨٥٨ — واذا كان القضاء الفرنسي في بعض أحكامه لم يشأ الاخذ بنظرية المسؤولية الشبئية الا أنه مع ذلك قد تأثر بها تأثراً ظهرت اماراته ببعض أحكامه فبعد أن كان يحتم على المجنى عليه اثبات التقصير من جانب المطالب بالتعويض اذ أباح اليوم عكس ذلك واعتبر الفقرة الاولى من المادة ١٣٨٤ قيد بنفسها افتراض حصول التقصير^(٣) أي أنه أعفى طالب التعويض من واجب اثبات التقصير وحمل المطالب بالتعويض باقامة الاثبات من جانبه هو. ولكن عاكماً يقيم المدعى عليه هذا الاثبات ؟ هل يقيم الدليل على أنه اتخذ جميع الاحتياطات اللازمة حتى يحول دون حصول الضرر أخذاً من طريق القياس بالفقرة الخامسة من المادة ١٣٨٤ الخاصة بالأباء والامهات ؟ أم أنه يجب عليه اقامة الدليل على حصول الضرر بسبب حادث جبري أو حالة قهرية فقط ؟ الذي قضى به القضاء الفرنسي في هذا الشأن هو تحميل المدعى عليه بهذا التكليف الشديد الثاني . أي لا يكفي في نظره اقامة الدليل على أخذ الاحتياطات بل يجب اثبات حدوث الضرر بسبب جبري أو قهري ، أو بسبب المجنى عليه نفسه^(٤) إلا أن هذا القضاء حكم مع ذلك بأنه في حالة استحالة معرفة سبب الحادث أي اذا لم يثبت حدوثه بسبب مالك الشيء وفعله أو أن المالك لم يكن في استطاعته التنبؤ بحدوثه أو لم يكن في مكتته الجبولة دون وقوعه : في هذه الحالات حكم بعدم المسؤولية^(٥)

٨٥٩ — هذا وقد اعتبر القضاء الفرنسي ان الحوادث التي تحصل بسبب السيارات^(٦) والدراجات^(٧) لا تقع تحت سلطان المادة ١٣٨٤ بفقرتها الاولى بالعبارة

(١) risque (٢) استتلف ١٩ يناير سنة ١٩١١ م و ١٢،١ و ٧٥ والحكم خاص بجندي يشتغل تسيير للهمات فاعتبر الحكم وفته أثناء العمل بالآلات البطارية كوفته في ساحة الحرب أو كوفته العامل بأجر اذا اخطأ خطأ جسيماً (وكان العسكري يضع سيراً على الرئيس بدون توقيف الآلة البطارية)
(٣) présomption de faute (٤) ١٩١٣، د ٨٠، ٧٠١٣، د ١٦٤، ٢٠١٣، د (٥) ١٩١٣، د ١٠١٣، د ٤٧٧ وهي حالة وقوع حادث بهت قطع سلسة (٦) automobiles (٧) bicyclettes

الثانية بل تهم تحت نطاق المادة ١٣٨٢ القررة للمسئولية من الوجهة العامة الى لا بد فيها من اثبات التقصير من جانب الشخص للطالب بالتعويض^(١) وهو ما يقول به أيضاً أنصار نظرية المسئولية الشئئية اذا كان الشيء يحدث للغير اضراراً بسبب الاستعمال العادى^(٢)

٢ - المسئولية في الحريق

٨٦٠ - الحريق جريمة يعاقب عليها القانون اذا توافرت فيها الشروط التامة في قانون العقوبات . ويعاقب المتاعل حتى ولو أحدث الحريق بملكه (المادة ١٩٨/٢١٧ عقوبات)

ويحصل الحريق عادة في المساكن منازل كانت او عمارات . وقد شاع حدوث الحريق مع رقى المدينة ونشعب المصالح الفردية في الجهات وكثرة العمران . ولذا شاع معها ظهور شركات التأمين حتى اصبح كل من المالك والمستأجر يعقد عقد تأمين بينه وبين شركة التأمين . الاول تأميناً للملكة . والثاني تأميناً لما يحدث من اضرار من م تحت كنفه ممن يساكنونه من ذوى القربى أو الخدم . فاذا وقع حريق تماسكت شركتا التأمين المؤمنة للمؤجر والمؤمنة للمستأجر وقاضيا أمام القضاء وهما من الرغبة في التقاضي^(٣) والعناد فيه بما لا يخفى وعلى الاخص اذا لوحظ ما عليه كل منهما من التزم وغزارة المال^(٤)

ولقد جرت عادة المؤلفين أن يشرحوا نظرية الحريق وما يترتب عليها من المسئولية في باب الايجار باعتبار أن ذلك لاصق بعقد الايجار في أن المستأجر ملزم برد العين للمالك . فاذا لم يردها أصبح مسئولاً ولكن لمسئولية المستأجر علاقة كبرى بنظرية المسئولية من الوجهة العامة باعتباره حادثاً للعقار وباعتباره داخلاً في منطقة المادة ١٣٨٤ فرنسى التي تقول بمسئولية الشخص بسبب الاشياء الموجودة تحت رعايته . وقد تعدلت هذه المادة أخيراً بقانون صدر سنة ١٩٢٢ فرنساً .

(١) د' ٢٩١١، ٣٠٧، ٣٠٨، ٣٠٩، ٣١٠، ٣١١، ٣١٢، ٣١٣، ٣١٤، ٣١٥، ٣١٦، ٣١٧، ٣١٨، ٣١٩، ٣٢٠، ٣٢١، ٣٢٢، ٣٢٣، ٣٢٤، ٣٢٥، ٣٢٦، ٣٢٧، ٣٢٨، ٣٢٩، ٣٣٠، ٣٣١، ٣٣٢، ٣٣٣، ٣٣٤، ٣٣٥، ٣٣٦، ٣٣٧، ٣٣٨، ٣٣٩، ٣٤٠، ٣٤١، ٣٤٢، ٣٤٣، ٣٤٤، ٣٤٥، ٣٤٦، ٣٤٧، ٣٤٨، ٣٤٩، ٣٥٠، ٣٥١، ٣٥٢، ٣٥٣، ٣٥٤، ٣٥٥، ٣٥٦، ٣٥٧، ٣٥٨، ٣٥٩، ٣٦٠، ٣٦١، ٣٦٢، ٣٦٣، ٣٦٤، ٣٦٥، ٣٦٦، ٣٦٧، ٣٦٨، ٣٦٩، ٣٧٠، ٣٧١، ٣٧٢، ٣٧٣، ٣٧٤، ٣٧٥، ٣٧٦، ٣٧٧، ٣٧٨، ٣٧٩، ٣٨٠، ٣٨١، ٣٨٢، ٣٨٣، ٣٨٤، ٣٨٥، ٣٨٦، ٣٨٧، ٣٨٨، ٣٨٩، ٣٩٠، ٣٩١، ٣٩٢، ٣٩٣، ٣٩٤، ٣٩٥، ٣٩٦، ٣٩٧، ٣٩٨، ٣٩٩، ٤٠٠، ٤٠١، ٤٠٢، ٤٠٣، ٤٠٤، ٤٠٥، ٤٠٦، ٤٠٧، ٤٠٨، ٤٠٩، ٤١٠، ٤١١، ٤١٢، ٤١٣، ٤١٤، ٤١٥، ٤١٦، ٤١٧، ٤١٨، ٤١٩، ٤٢٠، ٤٢١، ٤٢٢، ٤٢٣، ٤٢٤، ٤٢٥، ٤٢٦، ٤٢٧، ٤٢٨، ٤٢٩، ٤٣٠، ٤٣١، ٤٣٢، ٤٣٣، ٤٣٤، ٤٣٥، ٤٣٦، ٤٣٧، ٤٣٨، ٤٣٩، ٤٤٠، ٤٤١، ٤٤٢، ٤٤٣، ٤٤٤، ٤٤٥، ٤٤٦، ٤٤٧، ٤٤٨، ٤٤٩، ٤٥٠، ٤٥١، ٤٥٢، ٤٥٣، ٤٥٤، ٤٥٥، ٤٥٦، ٤٥٧، ٤٥٨، ٤٥٩، ٤٦٠، ٤٦١، ٤٦٢، ٤٦٣، ٤٦٤، ٤٦٥، ٤٦٦، ٤٦٧، ٤٦٨، ٤٦٩، ٤٧٠، ٤٧١، ٤٧٢، ٤٧٣، ٤٧٤، ٤٧٥، ٤٧٦، ٤٧٧، ٤٧٨، ٤٧٩، ٤٨٠، ٤٨١، ٤٨٢، ٤٨٣، ٤٨٤، ٤٨٥، ٤٨٦، ٤٨٧، ٤٨٨، ٤٨٩، ٤٩٠، ٤٩١، ٤٩٢، ٤٩٣، ٤٩٤، ٤٩٥، ٤٩٦، ٤٩٧، ٤٩٨، ٤٩٩، ٥٠٠، ٥٠١، ٥٠٢، ٥٠٣، ٥٠٤، ٥٠٥، ٥٠٦، ٥٠٧، ٥٠٨، ٥٠٩، ٥١٠، ٥١١، ٥١٢، ٥١٣، ٥١٤، ٥١٥، ٥١٦، ٥١٧، ٥١٨، ٥١٩، ٥٢٠، ٥٢١، ٥٢٢، ٥٢٣، ٥٢٤، ٥٢٥، ٥٢٦، ٥٢٧، ٥٢٨، ٥٢٩، ٥٣٠، ٥٣١، ٥٣٢، ٥٣٣، ٥٣٤، ٥٣٥، ٥٣٦، ٥٣٧، ٥٣٨، ٥٣٩، ٥٤٠، ٥٤١، ٥٤٢، ٥٤٣، ٥٤٤، ٥٤٥، ٥٤٦، ٥٤٧، ٥٤٨، ٥٤٩، ٥٥٠، ٥٥١، ٥٥٢، ٥٥٣، ٥٥٤، ٥٥٥، ٥٥٦، ٥٥٧، ٥٥٨، ٥٥٩، ٥٦٠، ٥٦١، ٥٦٢، ٥٦٣، ٥٦٤، ٥٦٥، ٥٦٦، ٥٦٧، ٥٦٨، ٥٦٩، ٥٧٠، ٥٧١، ٥٧٢، ٥٧٣، ٥٧٤، ٥٧٥، ٥٧٦، ٥٧٧، ٥٧٨، ٥٧٩، ٥٨٠، ٥٨١، ٥٨٢، ٥٨٣، ٥٨٤، ٥٨٥، ٥٨٦، ٥٨٧، ٥٨٨، ٥٨٩، ٥٩٠، ٥٩١، ٥٩٢، ٥٩٣، ٥٩٤، ٥٩٥، ٥٩٦، ٥٩٧، ٥٩٨، ٥٩٩، ٦٠٠، ٦٠١، ٦٠٢، ٦٠٣، ٦٠٤، ٦٠٥، ٦٠٦، ٦٠٧، ٦٠٨، ٦٠٩، ٦١٠، ٦١١، ٦١٢، ٦١٣، ٦١٤، ٦١٥، ٦١٦، ٦١٧، ٦١٨، ٦١٩، ٦٢٠، ٦٢١، ٦٢٢، ٦٢٣، ٦٢٤، ٦٢٥، ٦٢٦، ٦٢٧، ٦٢٨، ٦٢٩، ٦٣٠، ٦٣١، ٦٣٢، ٦٣٣، ٦٣٤، ٦٣٥، ٦٣٦، ٦٣٧، ٦٣٨، ٦٣٩، ٦٤٠، ٦٤١، ٦٤٢، ٦٤٣، ٦٤٤، ٦٤٥، ٦٤٦، ٦٤٧، ٦٤٨، ٦٤٩، ٦٥٠، ٦٥١، ٦٥٢، ٦٥٣، ٦٥٤، ٦٥٥، ٦٥٦، ٦٥٧، ٦٥٨، ٦٥٩، ٦٦٠، ٦٦١، ٦٦٢، ٦٦٣، ٦٦٤، ٦٦٥، ٦٦٦، ٦٦٧، ٦٦٨، ٦٦٩، ٦٧٠، ٦٧١، ٦٧٢، ٦٧٣، ٦٧٤، ٦٧٥، ٦٧٦، ٦٧٧، ٦٧٨، ٦٧٩، ٦٨٠، ٦٨١، ٦٨٢، ٦٨٣، ٦٨٤، ٦٨٥، ٦٨٦، ٦٨٧، ٦٨٨، ٦٨٩، ٦٩٠، ٦٩١، ٦٩٢، ٦٩٣، ٦٩٤، ٦٩٥، ٦٩٦، ٦٩٧، ٦٩٨، ٦٩٩، ٧٠٠، ٧٠١، ٧٠٢، ٧٠٣، ٧٠٤، ٧٠٥، ٧٠٦، ٧٠٧، ٧٠٨، ٧٠٩، ٧١٠، ٧١١، ٧١٢، ٧١٣، ٧١٤، ٧١٥، ٧١٦، ٧١٧، ٧١٨، ٧١٩، ٧٢٠، ٧٢١، ٧٢٢، ٧٢٣، ٧٢٤، ٧٢٥، ٧٢٦، ٧٢٧، ٧٢٨، ٧٢٩، ٧٣٠، ٧٣١، ٧٣٢، ٧٣٣، ٧٣٤، ٧٣٥، ٧٣٦، ٧٣٧، ٧٣٨، ٧٣٩، ٧٤٠، ٧٤١، ٧٤٢، ٧٤٣، ٧٤٤، ٧٤٥، ٧٤٦، ٧٤٧، ٧٤٨، ٧٤٩، ٧٥٠، ٧٥١، ٧٥٢، ٧٥٣، ٧٥٤، ٧٥٥، ٧٥٦، ٧٥٧، ٧٥٨، ٧٥٩، ٧٦٠، ٧٦١، ٧٦٢، ٧٦٣، ٧٦٤، ٧٦٥، ٧٦٦، ٧٦٧، ٧٦٨، ٧٦٩، ٧٧٠، ٧٧١، ٧٧٢، ٧٧٣، ٧٧٤، ٧٧٥، ٧٧٦، ٧٧٧، ٧٧٨، ٧٧٩، ٧٨٠، ٧٨١، ٧٨٢، ٧٨٣، ٧٨٤، ٧٨٥، ٧٨٦، ٧٨٧، ٧٨٨، ٧٨٩، ٧٩٠، ٧٩١، ٧٩٢، ٧٩٣، ٧٩٤، ٧٩٥، ٧٩٦، ٧٩٧، ٧٩٨، ٧٩٩، ٨٠٠، ٨٠١، ٨٠٢، ٨٠٣، ٨٠٤، ٨٠٥، ٨٠٦، ٨٠٧، ٨٠٨، ٨٠٩، ٨١٠، ٨١١، ٨١٢، ٨١٣، ٨١٤، ٨١٥، ٨١٦، ٨١٧، ٨١٨، ٨١٩، ٨٢٠، ٨٢١، ٨٢٢، ٨٢٣، ٨٢٤، ٨٢٥، ٨٢٦، ٨٢٧، ٨٢٨، ٨٢٩، ٨٣٠، ٨٣١، ٨٣٢، ٨٣٣، ٨٣٤، ٨٣٥، ٨٣٦، ٨٣٧، ٨٣٨، ٨٣٩، ٨٤٠، ٨٤١، ٨٤٢، ٨٤٣، ٨٤٤، ٨٤٥، ٨٤٦، ٨٤٧، ٨٤٨، ٨٤٩، ٨٥٠، ٨٥١، ٨٥٢، ٨٥٣، ٨٥٤، ٨٥٥، ٨٥٦، ٨٥٧، ٨٥٨، ٨٥٩، ٨٦٠، ٨٦١، ٨٦٢، ٨٦٣، ٨٦٤، ٨٦٥، ٨٦٦، ٨٦٧، ٨٦٨، ٨٦٩، ٨٧٠، ٨٧١، ٨٧٢، ٨٧٣، ٨٧٤، ٨٧٥، ٨٧٦، ٨٧٧، ٨٧٨، ٨٧٩، ٨٨٠، ٨٨١، ٨٨٢، ٨٨٣، ٨٨٤، ٨٨٥، ٨٨٦، ٨٨٧، ٨٨٨، ٨٨٩، ٨٩٠، ٨٩١، ٨٩٢، ٨٩٣، ٨٩٤، ٨٩٥، ٨٩٦، ٨٩٧، ٨٩٨، ٨٩٩، ٩٠٠، ٩٠١، ٩٠٢، ٩٠٣، ٩٠٤، ٩٠٥، ٩٠٦، ٩٠٧، ٩٠٨، ٩٠٩، ٩١٠، ٩١١، ٩١٢، ٩١٣، ٩١٤، ٩١٥، ٩١٦، ٩١٧، ٩١٨، ٩١٩، ٩٢٠، ٩٢١، ٩٢٢، ٩٢٣، ٩٢٤، ٩٢٥، ٩٢٦، ٩٢٧، ٩٢٨، ٩٢٩، ٩٣٠، ٩٣١، ٩٣٢، ٩٣٣، ٩٣٤، ٩٣٥، ٩٣٦، ٩٣٧، ٩٣٨، ٩٣٩، ٩٤٠، ٩٤١، ٩٤٢، ٩٤٣، ٩٤٤، ٩٤٥، ٩٤٦، ٩٤٧، ٩٤٨، ٩٤٩، ٩٥٠، ٩٥١، ٩٥٢، ٩٥٣، ٩٥٤، ٩٥٥، ٩٥٦، ٩٥٧، ٩٥٨، ٩٥٩، ٩٦٠، ٩٦١، ٩٦٢، ٩٦٣، ٩٦٤، ٩٦٥، ٩٦٦، ٩٦٧، ٩٦٨، ٩٦٩، ٩٧٠، ٩٧١، ٩٧٢، ٩٧٣، ٩٧٤، ٩٧٥، ٩٧٦، ٩٧٧، ٩٧٨، ٩٧٩، ٩٨٠، ٩٨١، ٩٨٢، ٩٨٣، ٩٨٤، ٩٨٥، ٩٨٦، ٩٨٧، ٩٨٨، ٩٨٩، ٩٩٠، ٩٩١، ٩٩٢، ٩٩٣، ٩٩٤، ٩٩٥، ٩٩٦، ٩٩٧، ٩٩٨، ٩٩٩، ١٠٠٠، ١٠٠١، ١٠٠٢، ١٠٠٣، ١٠٠٤، ١٠٠٥، ١٠٠٦، ١٠٠٧، ١٠٠٨، ١٠٠٩، ١٠١٠، ١٠١١، ١٠١٢، ١٠١٣، ١٠١٤، ١٠١٥، ١٠١٦، ١٠١٧، ١٠١٨، ١٠١٩، ١٠٢٠، ١٠٢١، ١٠٢٢، ١٠٢٣، ١٠٢٤، ١٠٢٥، ١٠٢٦، ١٠٢٧، ١٠٢٨، ١٠٢٩، ١٠٣٠، ١٠٣١، ١٠٣٢، ١٠٣٣، ١٠٣٤، ١٠٣٥، ١٠٣٦، ١٠٣٧، ١٠٣٨، ١٠٣٩، ١٠٤٠، ١٠٤١، ١٠٤٢، ١٠٤٣، ١٠٤٤، ١٠٤٥، ١٠٤٦، ١٠٤٧، ١٠٤٨، ١٠٤٩، ١٠٥٠، ١٠٥١، ١٠٥٢، ١٠٥٣، ١٠٥٤، ١٠٥٥، ١٠٥٦، ١٠٥٧، ١٠٥٨، ١٠٥٩، ١٠٦٠، ١٠٦١، ١٠٦٢، ١٠٦٣، ١٠٦٤، ١٠٦٥، ١٠٦٦، ١٠٦٧، ١٠٦٨، ١٠٦٩، ١٠٧٠، ١٠٧١، ١٠٧٢، ١٠٧٣، ١٠٧٤، ١٠٧٥، ١٠٧٦، ١٠٧٧، ١٠٧٨، ١٠٧٩، ١٠٨٠، ١٠٨١، ١٠٨٢، ١٠٨٣، ١٠٨٤، ١٠٨٥، ١٠٨٦، ١٠٨٧، ١٠٨٨، ١٠٨٩، ١٠٩٠، ١٠٩١، ١٠٩٢، ١٠٩٣، ١٠٩٤، ١٠٩٥، ١٠٩٦، ١٠٩٧، ١٠٩٨، ١٠٩٩، ١١٠٠، ١١٠١، ١١٠٢، ١١٠٣، ١١٠٤، ١١٠٥، ١١٠٦، ١١٠٧، ١١٠٨، ١١٠٩، ١١١٠، ١١١١، ١١١٢، ١١١٣، ١١١٤، ١١١٥، ١١١٦، ١١١٧، ١١١٨، ١١١٩، ١١٢٠، ١١٢١، ١١٢٢، ١١٢٣، ١١٢٤، ١١٢٥، ١١٢٦، ١١٢٧، ١١٢٨، ١١٢٩، ١١٣٠، ١١٣١، ١١٣٢، ١١٣٣، ١١٣٤، ١١٣٥، ١١٣٦، ١١٣٧، ١١٣٨، ١١٣٩، ١١٤٠، ١١٤١، ١١٤٢، ١١٤٣، ١١٤٤، ١١٤٥، ١١٤٦، ١١٤٧، ١١٤٨، ١١٤٩، ١١٥٠، ١١٥١، ١١٥٢، ١١٥٣، ١١٥٤، ١١٥٥، ١١٥٦، ١١٥٧، ١١٥٨، ١١٥٩، ١١٦٠، ١١٦١، ١١٦٢، ١١٦٣، ١١٦٤، ١١٦٥، ١١٦٦، ١١٦٧، ١١٦٨، ١١٦٩، ١١٧٠، ١١٧١، ١١٧٢، ١١٧٣، ١١٧٤، ١١٧٥، ١١٧٦، ١١٧٧، ١١٧٨، ١١٧٩، ١١٨٠، ١١٨١، ١١٨٢، ١١٨٣، ١١٨٤، ١١٨٥، ١١٨٦، ١١٨٧، ١١٨٨، ١١٨٩، ١١٩٠، ١١٩١، ١١٩٢، ١١٩٣، ١١٩٤، ١١٩٥، ١١٩٦، ١١٩٧، ١١٩٨، ١١٩٩، ١٢٠٠، ١٢٠١، ١٢٠٢، ١٢٠٣، ١٢٠٤، ١٢٠٥، ١٢٠٦، ١٢٠٧، ١٢٠٨، ١٢٠٩، ١٢١٠، ١٢١١، ١٢١٢، ١٢١٣، ١٢١٤، ١٢١٥، ١٢١٦، ١٢١٧، ١٢١٨، ١٢١٩، ١٢٢٠، ١٢٢١، ١٢٢٢، ١٢٢٣، ١٢٢٤، ١٢٢٥، ١٢٢٦، ١٢٢٧، ١٢٢٨، ١٢٢٩، ١٢٣٠، ١٢٣١، ١٢٣٢، ١٢٣٣، ١٢٣٤، ١٢٣٥، ١٢٣٦، ١٢٣٧، ١٢٣٨، ١٢٣٩، ١٢٤٠، ١٢٤١، ١٢٤٢، ١٢٤٣، ١٢٤٤، ١٢٤٥، ١٢٤٦، ١٢٤٧، ١٢٤٨، ١٢٤٩، ١٢٥٠، ١٢٥١، ١٢٥٢، ١٢٥٣، ١٢٥٤، ١٢٥٥، ١٢٥٦، ١٢٥٧، ١٢٥٨، ١٢٥٩، ١٢٦٠، ١٢٦١، ١٢٦٢، ١٢٦٣، ١٢٦٤، ١٢٦٥، ١٢٦٦، ١٢٦٧، ١٢٦٨، ١٢٦٩، ١٢٧٠، ١٢٧١، ١٢٧٢، ١٢٧٣، ١٢٧٤، ١٢٧٥، ١٢٧٦، ١٢٧٧، ١٢٧٨، ١٢٧٩، ١٢٨٠، ١٢٨١، ١٢٨٢، ١٢٨٣، ١٢٨٤، ١٢٨٥، ١٢٨٦، ١٢٨٧، ١٢٨٨، ١٢٨٩، ١٢٩٠، ١٢٩١، ١٢٩٢، ١٢٩٣، ١٢٩٤، ١٢٩٥، ١٢٩٦، ١٢٩٧، ١٢٩٨، ١٢٩٩، ١٣٠٠، ١٣٠١، ١٣٠٢، ١٣٠٣، ١٣٠٤، ١٣٠٥، ١٣٠٦، ١٣٠٧، ١٣٠٨، ١٣٠٩، ١٣١٠، ١٣١١، ١٣١٢، ١٣١٣، ١٣١٤، ١٣١٥، ١٣١٦، ١٣١٧، ١٣١٨، ١٣١٩، ١٣٢٠، ١٣٢١، ١٣٢٢، ١٣٢٣، ١٣٢٤، ١٣٢٥، ١٣٢٦، ١٣٢٧، ١٣٢٨، ١٣٢٩، ١٣٣٠، ١٣٣١، ١٣٣٢، ١٣٣٣، ١٣٣٤، ١٣٣٥، ١٣٣٦، ١٣٣٧، ١٣٣٨، ١٣٣٩، ١٣٤٠، ١٣٤١، ١٣٤٢، ١٣٤٣، ١٣٤٤، ١٣٤٥، ١٣٤٦، ١٣٤٧، ١٣٤٨، ١٣٤٩، ١٣٥٠، ١٣٥١، ١٣٥٢، ١٣٥٣، ١٣٥٤، ١٣٥٥، ١٣٥٦، ١٣٥٧، ١٣٥٨، ١٣٥٩، ١٣٦٠، ١٣٦١، ١٣٦٢، ١٣٦٣، ١٣٦٤، ١٣٦٥، ١٣٦٦، ١٣٦٧، ١٣٦٨، ١٣٦٩، ١٣٧٠، ١٣٧١، ١٣٧٢، ١٣٧٣، ١٣٧٤، ١٣٧٥، ١٣٧٦، ١٣٧٧، ١٣٧٨، ١٣٧٩، ١٣٨٠، ١٣٨١، ١٣٨٢، ١٣٨٣، ١٣٨٤، ١٣٨٥، ١٣٨٦، ١٣٨٧، ١٣٨٨، ١٣٨٩، ١٣٩٠، ١٣٩١، ١٣٩٢، ١٣٩٣، ١٣٩٤، ١٣٩٥، ١٣٩٦، ١٣٩٧، ١٣٩٨، ١٣٩٩، ١٤٠٠، ١٤٠١، ١٤٠٢، ١٤٠٣، ١٤٠٤، ١٤٠٥، ١٤٠٦، ١٤٠٧، ١٤٠٨، ١٤٠٩، ١٤١٠، ١٤١١، ١٤١٢، ١٤١٣، ١٤١٤، ١٤١٥، ١٤١٦، ١٤١٧، ١٤١٨، ١٤١٩، ١٤٢٠، ١٤٢١، ١٤٢٢، ١٤٢٣، ١٤٢٤، ١٤٢٥، ١٤٢٦، ١٤٢٧، ١٤٢٨، ١٤٢٩، ١٤٣٠، ١٤٣١، ١٤٣٢، ١٤٣٣، ١٤٣٤، ١٤٣٥، ١٤٣٦، ١٤٣٧، ١٤٣٨، ١٤٣٩، ١٤٤٠، ١٤٤١، ١٤٤٢، ١٤٤٣، ١٤٤٤، ١٤٤٥، ١٤٤٦، ١٤٤٧، ١٤٤٨، ١٤٤٩، ١٤٥٠، ١٤٥١، ١٤٥٢، ١٤٥٣، ١٤٥٤، ١٤٥٥، ١٤٥٦، ١٤٥٧، ١٤٥٨، ١٤٥٩، ١٤٦٠، ١٤٦١، ١٤٦٢، ١٤٦٣، ١٤٦٤، ١٤٦٥، ١٤٦٦، ١٤٦٧، ١٤٦٨، ١٤٦٩، ١٤٧٠، ١٤٧١، ١٤٧٢، ١٤٧٣، ١٤٧٤، ١٤٧٥، ١٤٧٦، ١٤٧٧، ١٤٧٨، ١٤٧٩، ١٤٨٠، ١٤٨١، ١٤٨٢، ١٤٨٣، ١٤٨٤، ١٤٨٥، ١٤٨٦، ١٤٨٧، ١٤٨٨، ١٤٨٩، ١٤٩٠، ١٤٩١، ١٤٩٢، ١٤٩٣، ١٤٩٤، ١٤٩٥، ١٤٩٦، ١٤٩٧، ١٤٩٨، ١٤٩٩، ١٥٠٠، ١٥٠١، ١٥٠٢، ١٥٠٣، ١٥٠٤، ١٥٠٥، ١٥٠٦، ١٥٠٧، ١٥٠٨، ١٥٠٩، ١٥١٠، ١٥١١، ١٥١٢، ١٥١٣، ١٥١٤، ١٥١٥، ١٥١٦، ١٥١٧، ١٥١٨، ١٥١٩، ١٥٢٠، ١٥٢١، ١٥٢٢، ١٥٢٣، ١٥٢٤، ١٥٢٥، ١٥٢٦، ١٥٢٧، ١٥٢٨، ١٥٢٩، ١٥٣٠، ١٥٣١، ١٥٣٢، ١٥٣٣، ١٥٣٤، ١٥٣٥، ١٥٣٦، ١٥٣٧، ١٥٣٨، ١٥٣٩، ١٥٤٠، ١٥٤١، ١٥٤٢، ١٥٤٣، ١٥٤٤، ١٥٤٥، ١٥٤٦، ١٥٤٧، ١٥٤٨، ١٥٤٩، ١٥٥٠، ١٥٥١، ١٥٥٢، ١٥٥٣، ١٥٥٤، ١٥٥٥، ١٥٥٦، ١٥٥٧، ١٥٥٨، ١٥٥٩، ١٥٦٠، ١٥٦١، ١٥٦٢، ١٥٦٣، ١٥٦٤، ١٥٦٥، ١٥٦٦، ١٥٦٧، ١٥٦٨، ١٥٦٩، ١٥٧٠، ١٥٧١، ١٥٧٢، ١٥٧٣، ١٥٧٤، ١٥٧٥، ١٥٧٦، ١٥٧٧، ١٥٧٨، ١٥٧٩، ١٥٨٠، ١٥٨١، ١٥٨٢، ١٥٨٣، ١٥٨٤، ١٥٨٥، ١٥٨٦، ١٥٨٧، ١٥٨٨، ١٥٨٩، ١٥٩٠، ١٥٩١، ١٥٩٢، ١٥٩٣، ١٥٩٤، ١٥٩٥، ١٥٩٦، ١٥٩٧، ١٥٩٨، ١٥٩٩، ١٦٠٠، ١٦٠١، ١٦٠٢، ١٦٠٣، ١٦٠٤،

ولما كان الشارع الفرنسى من جهة قد وضع نصوفاً خاصة بشأن مسؤولية المستأجر بسبب الحريق الحاصل فى العين المؤجرة له وأشار الى هذه النصوص أخيراً بقانونه الصادر سنة ١٩٢٢ ، وكان الشارع المصرى من جهة أخرى لم يضع مثل هذه النصوص بل ترك النظرية على ما يظهر محكمة بالقواعد العامة ، وأينا ازاء ذلك وإزاء الانصاح من جانب والسكوت من جانب آخر ، ضرورة اللامام بالنظرية بفرنسا أولاً . ثم نتمبها بما نراه بشأن قانوننا المصرى .

١ - المسئولية في الحريق

بالقانون الفرنسى

٨٦١ - تقرر المادة ١٧٣٢ بان المستأجر مسئول عن تلف وضياع الشيء المؤجر له وقت الانتفاع الا اذا اثبت حصولها بفعل خطئه هو . وقررت المادة ١٧٣٣ بانه مسئول عن الحريق الا اذا أثبت وقوعه بمحادث جبري أو قهرى أو بسبب عيب البناء أو ان الحريق جاء من منزل الجار . ثم قررت المادة ١٧٣٤ المعدلة سنة ١٨٨٣ بانه اذا وقع الحريق وكان بالمزحل جملة سكان أصبحوا جميعاً مسئولين بنسبة ما استأجره كل منهما على حدة ، الا اذا اثبتوا حصول الحريق من واحد منهم دون الباقيين فيصبح هذا الواحد مسئولاً دونهم ، أو اثبتوا باستحالة حصول الحريق من واحد منهم أو أكثر فيصبح الآخرون مسئولين .

٨٦٢ - ونعلم ان المادة ١٣٨٤ قررت « لا يلزم الانسان بتعويض الضرر الناشئ عن فعله هو فقط بل الناشئ أيضاً عن فعل الاشخاص الموضوعين تحت رقابته أو الاشياء الموجودة تحت رعايته - ويعتبر الاب » وأضيف على هذه الفقرة بمقتضى قانون ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ ما أتى : « ومع ذلك قد يسأل الحائز للمقار سواء أكانت حيازته له كله أم لبعضه وكذلك الحائز للعقولات معها كانت الصنة القانونية لهذه الحيازة العقارية أو للتقولة عن الحريق الذى شب بهذه الاشياء وما يترتب عنها للاضرار بالغير الا اذا ثبت حصول الحريق لسبب يرجع لخطأ الحائز أو خطأ الأشخاص للشؤل هو عنهم . ولا يسرى هذا النص على المؤجرين والمستأجرين فى

علاقتهم مع بعضهم البعض اذ تظل هذه العلاقات خاضعة لاحكام المادتين ١٧٣٣ و ١٧٣٤ من القانون للدنى »

٨٦٣ — فاذا فرض ولم يوجد النصان ١٧٣٣ و ١٧٣٤ الاذان قررا مسئولية المستأجر وتحمله باثبات الحوادث الجبرية والقهرية و اريد الرجوع للقواعد العامة فاذا تكون الحالة ؟ الاصل أن المستأجر يصبح ملتزماً بالتزامين ، أولاً هو ملتزم برد الشيء المؤجر له فاذا لم يرده رد قيمته ، الا اذا اثبت حصول الحريق بقوة قاهرة أو حادث جبرى (المادة ١٣٠٢ مدنى وهى وارده فى باب الالتزامات وحكمها علم) ومسئولته فى هذه الحالة مسئولية تعاقدية ^(١) والتزامه التزام تعاقدى . ومتى كان كذلك لزمه الاثبات حتما . هذا أولاً . وأما ثانياً فإن للمالك حق رفع الدعوى التقصيرية أوالدعوى غير التعاقدية ^(٢) التى ترجع للمادة ١٣٨٢ وحكم الخطأ فيها ^(٣) اذا استطاع ان يثبت هو أى المؤجر نسبة الخطأ الى المستأجر . وفى هذه الحالة تستطيع المطالبة بالتعويض كله حتى ولو تناول غير الجزء المؤجر لهذا المستأجر

أما المادة ١٧٣٣ فهى لم تخرج عن تقريرها لهاتين النتيجتين المقرتين للمادتين ١٣٠٢ و ١٣٨٢ السابقتين وذلك فيما اذا كان التلف أو الضياع راجعاً الى أسباب أخرى غير سبب الحريق

وأما اذا كان سبب التلف أو الضياع هو الحريق فإن الشارع رأى ضرورة التشدد فى هذه الحالة لضرورة الحريق اذ قرر افتراض الخطأ ^(٤) من جانب المستأجر ذلك الافتراض أى القرينة التى ترجع فى أصلها الى الرومان . وبعد أن كانت تقرر المادة ١٧٣٤ القديمة التضامن بطريقة عامة بين المستأجرين فى حالة الحريق الذى يشب بالعقار استجارهم جاءت وتمدلت سنة ١٨٨٣ بما يحدد من التضامن مع تقرير التضامن أيضاً

٨٦٤ — واما اذا قلنا بين المادة ١٣٠٢ و للمادة ١٧٣٣ رأينا الحكم فيها واحداً . اذ تقرر أولاها للمسئولية التعاقدية وتقرر ثانيهما نفس هذه للمسئولية . ولكن يبين مع ذلك ، الفرق بينهما من حيث قرينة الخطأ الواردة بالثانية ، فيما يأتى :

(١) responsabilité contractuelle (٢) action délictuelle (٣) faute
(٤) présomption de faute

(١) لو أخذ بنظرية المسؤولية التعاقدية المقررة بالمادة ١٣٠٢ لكان يمكن للمستأجر أن يقيم الدليل على أي حادث مهما كان نوعه بحيث يستفاد من هذا الحادث استحالة حصول الحريق بسببه . وأما إذا أخذ بقرينة الخطأ في المادة ١٧٣٣ فإن هذه القرينة محدودة الاحوال وهي الحادث القهري والحادث الجبري وعيب في البناء . وهذه الاحوال واردة على سبيل الحصر^(١) وحجة القضاء الفرنسي ان هذه القرينة قرينة قانونية^(٢) ولا يجوز التوسع في تفسيرها والخروج بها عما تكونت فيه . وعلى ذلك لا عبرة بما اذا أقام المستأجر الدليل على انه لم يكن مقبياً بالبيت وقت حصول الحريق، أو أقام الدليل على أن البيت كان مخفوراً بمعرفة شخص مندوب من قبل المالك نفسه، أو انه كان يعلم بعيب في البناء ولم يخبر المالك به

(٢) لو رجع للمادة ١٣٠٢ ونظرية المسؤولية التعاقدية المترتبة عليها لكان يجوز للمستأجر أن يدلي بأي دليل من أدلة الاثبات المقررة في الاثبات من الوجهة العامة ، فيجوز له الاثبات بالقرائن أي يجوز له اثبات قيامه بما يلزم من ضرورات المحافظة على الشيء المؤجر له . ولكن القضاء الفرنسي اختلف في قضائه الاستثنائي مع قضاء النقض على تفسير المادة ١٧٣٤ من حيث الاثبات . اذ يقرر قضاء الاستئناف للمستأجر جواز اثبات براءة ذمته بأي الوسائل القانونية المقررة في الاثبات . الأمر الذي ينتج عنه في الحقيقة ان المالك يصبح في النهاية هو المكاف بالاثبات اذا ظل سبب الحريق مجهولاً^(٣) أما النقض الفرنسي فهو يقضي بعكس ذلك اذ يحتم في رفع المسؤولية عن عاتق المستأجر ان يلزم هذا الأخير بان يدلي بدليل مباشر قاطع^(٤) أي دليل تؤيده الاحوال الواردة بالمادة ١٧٣٣^(٥)

(٣) اذا أخذ بالمادة ١٣٠٢ وتعذر على المستأجر رد المقار فلا يلزم الاثبات المقار لا أزيد ولا أقل . ولكن القضاء يقضي في حالة الاخذ بالمادة ١٧٣٣ بأنه يجوز الحكم على المستأجر بتعويض فظير فسخ الايجار وخرمان المالك من غلة المقار في مدة اعادة

(١) ١٩٠٨، ١٩٠٩، ١٩١٠، ١٩١١، ١٩١٢، ١٩١٣ - كاتان ص ٥٤٦ (٢) présomption légale

(٣) ١٩٠٨، ١٩٠٩، ١٩١٠، ١٩١١، ١٩١٢ - كاتان ص ٥٤٦ (٤) preuve directe et positive (٥) ١٩٠٨، ١٩٠٩، ١٩١٠، ١٩١١، ١٩١٢ - كاتان ص ٥٤٦

البناء وتأجيريه من جديد . أما هذه التحويلات فهي واردة أيضاً بالمادة ١٧٦٠ في حالة القسح الحاصل بمطخأ السأجر (ويقابل هذه المادة ١٧٦٠ فرنسي المادة ٣٨٨ / ٤٧٣ مدني مصري) واذا أريد الأخذ بالمادة ١٧٦٠ في حالة الحريق اعتبر الخطأ مفروضاً من جانب للسأجر (١)

(٤) مادامت المادة ١٧٣٣ تخالف القواعد العامة وجب عدم التوسع في تفسيرها بمعنى انه لا يجوز الأخذ بها الا في علاقة للمؤجر مع السأجر بما في ذلك استئجار النقولات (٢) ومع ذلك فلا ينطبق هذا النص على المتنع (٣) . فاذا وقع حريق وجب الأخذ هنا بالمادة ١٣٠٢ لا بالمادة ١٧٣٣

٨٦٥ - وأخيراً جاء الشارع وعمل المادة ١٣٨٤ كما رأينا وقرر نفس ما لاحظته أسمن (٤) في مقاله السابق بحيث لا يجوز الأخذ بالمادة ١٧٣٣ في غير حالة السأجر مع المؤجر

٨٦٦ - هذا وقد قد شارحون الفرنسيون قسوة المادة ١٧٣٣ في تقرير مسئولية السأجر في الحريق بهذه القيود الشديدة الواردة بها . وان صح تبرير هذه الشدة فذلك انما يرجع للقرن التاسع عشر حيث لم تدفع بعد شركات التأمين ولم تنتشر انتشارها في الوقت الحاضر . أما الآن وقد شاع التأمين ضد الحريق وهبط كل مكان وأصبح ضمن عادات الناس الذين تشربوا بها بحكم الزمن فلا محل حينئذ لبقاء هذه القسوة المكنونة بالمادتين ١٧٣٣ و ١٧٣٤ . وفي الواقع ما هي هذه الفائدة من تلك القسوة في مصلحة للمؤجر ضد السأجر مع ان الذي سينتفع في الحقيقة انما هو شركة التأمين . ويرى الشارحون انه من العدل أن يفترض بأن المالك اذا أمن على ملكه قائما بعمل لمصلحة السأجر أى انه يعمل لأجل السأجر ولفائدة السأجر وعلى الاخص اذا لاحظنا أن المؤجر هذا عند ما يؤمن على ملكه فانه يزبد من قيمة الايجار بحيث يراعى انه لا يدفع من ماله شيئاً . أى انه يحمل عقاره بالايجار وعن التأمين ، والسأجر هو الذى يقوم في النهاية بهذا الحمل ايجاراً وتأميناً . واذا خيف من ذلك أن لا يقوم السأجر بالعناية

(١) د ١٠٨٠ ، ٣٨٥ - س ٨١ ، ٣١٩ - كابتان من ٤٧٠ (٢) س ٨٤٠

٣٠١٠ مقال Esmein (٣) usufructier (٤) Esmein

الالتزام للمقازفانه يمكن وقتئذ أن يقرر المالك أو لشركة التأمين حق الرجوع على المستأجر الخطئ. واثبات خطئه. وهذا ما قضى به القانون الالمانى الصادر فى ٣٠ مايو سنة ١٩٠٨ بشأن عقد التأمين اذ لم يبح حق الرجوع على المستأجر الا فى حالة الخطأ الجسيم^(١)

ب — المسئولية فى الحريق

والقانون المصرى

٨٦٧ — أما والقانون المصرى فلو من نصين يمكنان النصين ١٧٣٣ و ١٧٣٤ والفرنسيين فقد وجب حينئذ الرجوع الى الاحكام العامة المستفادة من أصول الالتزامات من جهة ومن قواعد الاجارة من جهة أخرى. وظلنا أنه بعد البيان القانونى المتقدم عن النظرية الفرنسية لا نرى احراراً فى الحال يثبث ما صادفه القضاء المصرى مما لا محل له مطلقاً كما سترى

الامطام العامة : فى حالة الوفاء من المدين يجب الأخذ حتماً بنظرية المسئولية التعاقدية. أى أن المدين ملزم بالوفاء. واذا لم يف وجب عليه اثبات نفي الخطأ عنه. وان حكم المادة ١٣٠٢ حكم عام. ومع ذلك يجوز له إثبات استحالة الوفاء بأى دليل ما قرينة كانت أو غير قرينة. والمستأجر فى هذه الحالة يجوز له إثبات حصول الحريق بسبب لا خطأ له فيه معها كان ذلك السبب ومهما كان دليل الاثبات. فله الاثبات بالقرائن. وله الادلاء بغير الاحوال القهرية وعيب البناء. أى له لإثبات نفي المسئولية عنه بأنه كان غائباً أو انه قام بواجب الرعاية المطالب به. أو ان المنزل كان مخفوراً بمندوب من قبل المالك

هذا ويجوز للمالك أيضاً حق مطالبة المستأجر بدعوى المسئولية التقصيرية بالرجوع الى المادة ١٥١/٢١٢ و ٢١٣ مدنى المقابلة للمادة ١٣٨٢. إنما اذا فعل ذلك فانه يجب عليه لإقامة الدليل من جانبه هو على خطأ المستأجر

٨٦٨ — **امطام الاجارة :** تقرر المادة ٣٧٨/٤٦٣ مدنى بأن المستأجر

يلزم برد العقار دون تلف سواء كان هذا التلف بفعله هو ^(١) أو بفعل المسئول هو
 عنهم من خدمة ومستأجر من بطله . أى أن الخطأ مفروض من جانبه حتى يقوم
 عكسه من قبله . وهذا هو نفس الحكم المقرر في الاحكام العامة كما رأينا . بمعنى أن
 المواد المصرية والفرنسية متفقة في الحكم من حيث الاصول العامة في الالتزامات
 والاصول الخاصة بالاجارة . وعلى ذلك يلزم المستأجر برد العقار في جميع الاحوال مهما
 كان نوع التلف . فاذا حصل حريق وحال دون رد العقار نتمم الأخذ بالمادة
 ٤٦٣/٣٧٨ مدني ويلزم المستأجر بالتعويضات المفصلة بها . أما اذا ادعى بحصول
 الحريق لسبب لا يرجع لخطأ ، فيباح له ذلك بكل الادلة المقررة قانوناً من قرائن
 وغير قرائن . وله الادلاء بأي واقعة من الوقائع كاستحالة حصول الحريق منه ، الى آخر
 ذلك من الاحوال التي سردناها في الحالة الثانية وعند عرضنا أيضاً للنظرية الفرنسية
 في حالة افتراض عدم وجود النصين ١٧٣٣ و ١٧٣٤ . أما الزام المستأجر بالاثبات
 فالأمر فيه يرجع أولاً للمادة ٣٧٨/٤٦٣ مدني كما قلنا وللمادة ٢١٤/٢٧٩ مدني
 الخاصة بلزام المدعي باثبات مدعاه

٨٦٩ - اذا علمنا ذلك فما هي حقيقة الحاجة الماسة الى وضع نصين بالقانون
 المصري مقابلين للنصين الفرنسيين ١٧٣٣ و ١٧٣٤ ؟ لا حاجة لوضعها مطلقاً لان
 الثاني يقرر منها قرينة قانونية قابلة للدليل العكسي ولكن الدليل العكسي محصور فقط
 في حالات ثلاث لا يتعداها وهي الحادث الجبري والحادث القهري وعيب في البناء .
 أما ولا يوجد مثل لهذا النص بمصر فلا يجوز مطلقاً تقييد المستأجر في حالة الاثبات .
 ولا يجوز القول عندنا بالقرينة القانونية لانه لا يقول بها الا القانون وما دام
 القانون لم يقل بها فلا يصح الاخذ بها هنا . انما يصح الاخذ بالمسئولية التعاقدية وهي
 التي يفرض فيها الخطأ من جانب المستأجر حتى يتلي بعكسه . وقرن كبير بين قرينة
 الخطأ في المسئولية التعاقدية وقرينة الخطأ في مسئولية المستأجر بالمادة ١٧٣٣ فرنسي .
 لانه بينما أداة الاثبات وأحوال الاثبات لا حد لها في المسئولية التعاقدية فهي محدودة
 كل التحديد في مسئولية المادة ١٧٣٣

٨٧٠ — ومع ذلك ترى أن القانون المصري قد أحسن في علم نقل المادة ١٧٣٣ ولا للمادة ١٧٣٤ التي قررت التضامن من طريق القرينة القانونية أيضاً . ونرى أن مركز السأجر بمصر أحسن بكثير من مركز السأجر بفرنسا . وقد لاحظنا أن القضاء والفقه الفرنسيين يميلان على التضييق من مجال الأخذ بالمادتين الفرنسييتين باعتبار أن كلا منهما وارد على سبيل الاستثناء وأنه لا يجوز التوسع فيما ورد على خلاف القياس الاصيل

٨٧١ — أما للمادة ١٣٨٤ وما عراها أخيراً من التعديل بمقتضى قانون ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ فلها قررت بمقرتها الاولى مسئولية المأزنيين للأشياء . ولم تبح إقامة الدليل العكسي ، على عكس ما قررته في بقية فقراتها . وأصبح كل حائر بمقتضى الفقرة الاولى مسئولاً عن الضرر الحاصل بسبب الحريق مهما كان سبب حيازة مالكه كان أو متفهماً أو مفترضاً . وأما السأجر فهو محكوم بالمادتين ١٧٣٣ و ١٧٣٤ . ولكن لما كان في أمر المسئولية هذه شدة في حالة الحريق قد يراها الشارع مما لا يتفق مع الحياة (الحيازة من غير طريق الإيجار) قد رأى نقي المسئولية عنه مبدئياً ، أى قرر قرينة عدم المسئولية مع اباحة نقي النقي . وعدل هذه الفقرة الاولى بقانون ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ فيما يتعلق بالحريق فقط . وعلى ذلك يبقى لهذه الفقرة الاولى أثرها القانوني ، وعلى الاخص فيما يتعلق بنظرية المسئولية الشبئية في الاحوال الأخرى أى في جميع الاحوال غير الحريق

٨٧٢ — إذا قرر ذلك علمنا أن صمت التشريع للمصري في مسئولية السأجر عند حصول الحريق خير من التشريع ، وأحياناً قد يعتبر الصمت تشريعاً . ولعلنا لم نفتنا بعد نقد الشارحين الفرنسيين للمادتين ١٧٣٣ و ١٧٣٤ وما لاحظناه من قسوة هاتين المادتين . وأما إذا أردنا التشريع في هذا الشأن فغير للشارع المصري أن يأخذ بما قرره القانون الألماني الصادر في ٣٠ مايو سنة ١٩٠٨ فيما يتعلق بالتأمين ورفع المسئولية عن عاتق المستأجر في حالة تأمين المالك على ملكه ، وقرره الرجوع على المستأجر في حالة انطاع الجسيم من جانبه^(١)

(١) ولم ير القضاء المختلط الأخذ بعدم مسئولية السأجر في حالة تأمين المالك للملكة واعتبر

٨٧٣ - القضاء المصري وصحت الشارع : يرى القضاء المصري أن التشريع في حالة رد الشيء المؤجر إلى المالك يخالف التشريع الفرنسي . ويقول بأنه بينما يستفاد من القانون الفرنسي بالمادة ١٧٣٧ أن المستأجر ملزم بإثبات نفي المسئولية أي أنه مفروض في المستأجر الخطأ من جانبه إلا إذا قلم الدليل على حصول التلف بغير خطئه ، فإن الشارع المصري قرر بالمادة ٣٧٨ / ٤٦٣ مدني بأن للمستأجر ملزم بأن « يرد ما استأجره بالحالة التي هو عليها » « حين انتهاء الإيجار » « بغير تلف حاصل من فعله أو من فعل مستخدميه أو من فعل من كان ساكناً معه أو من فعل المستأجر الثاني إلا أن وجد شرط يخالف ذلك » . ويرى القضاء أن عبارة « يرد ما استأجره بالحالة التي هو عليها » « حتى انتهاء الإيجار » ما يشعر بأن المستأجر لا يحمل بإثبات حصول الضرر بغير خطئه ، وأن المؤجر هو الملزم بإثبات حصول الضرر بخطأ المستأجر ^(١) هذا هو قضاء الاستئناف المختلط ، وبه ألغى الأحكام الابتدائية التي قضت بالعكس والتي أخذت بأحكام الأصول العامة وباعتبار أن المادة ٣٧٨ / ٤٦٣ مدني لا تختلف عن الأحكام العامة كما قررنا وأنها لا تخالف القاعدة المقررة بالمادة ٢١٤ / ٢٧٩ مدني و١٣١٥ فرنسي في أن الإثبات على من ادعى ^(٢) أما قضاء الاستئناف المختلط فيرى أن لا مسئولية على المستأجر إلا إذا أثبت بها المؤجر . هذا ما يراه القضاء في حالة رد الشيء المؤجر من الوجهة العامة .

وقياساً على ذلك قرر القضاء بأنه في حالة الحريق لا يعتبر المستأجر مسئولاً مسئولية تعاقدية منشؤها التعاقد أي عقد الإيجار بل هي مسئولية تفسيرية أساسها الخطأ

المالك في هذه الحالة كما يعمل المستأجر منه وتأثبا عنه . ويقول في ذلك بأن في تقرير هذه الإثابة ورفع المسئولية مخالفه للدالة ، اذ كيف يقرب على عمل احتياط فيه المالك بالتأمين ان ينشأ عنه رفع المسئولية عن المستأجر ؟ استئناف م أول مارس سنة ١٩١٦ م ق ، ٢٨ ، ١٨٠٤ . وهذا القضاء هو على قبض ما قرره الشارحون الفرنسيون كما رأينا اذ قرروا ان في رفع المسئولية عن عاتق المستأجر في حالة التأمين المدالة كل الدالة لان الذي يدفع اقساط التأمين هو المستأجر والحقيقة باعتبار ان المؤجر يضيف هذه الاقساط على قيمة الإيجار الأصلية (١) ٢٧ فبراير سنة ١٩٠٣ م م ، ٤٠ ، ١٥٩ - ٢٩ يناير سنة ٨٠ م م ، ١٢٥ - ٥٠ - ١٥ فبراير سنة ٨٣ م م ، ٨٠ ، ٧٤ وانظر الأحكام الأخرى التي سيأتي ذكرها في الحريق

ومصدرها التقصير أى الجنحة أو شبه الجنحة من جانب المستأجر^(١) وعلى ذلك فعلى محكمة بالمادة ١٥١/٢١٢ - ٢١٣ مدنى و ١٣٨٢ أى يلزم بالاثبات من قلة بالمسئولية وهو المؤجر . بمعنى أن دعوى المالك في حالة الحريق واحدة سواء وجهها ضد المستأجر أو ضد الغير أى ان المسئولية تقصيرية وليست تعاقدية

وفي جميع الاحوال يلزم للمالك باقامة الدليل على حصول الحريق من جانب خصمه مستأجراً كان أو غير مستأجر^(٢) وقضى الاستئناف الاهلى بمكس ذلك في حالة الاجبار^(٣) ولكنه عاد وجرى القضاء المختلط في مذهبه^(٤)

ويستند القضاء في بعض أحكامه في تقريره تحميل المؤجر عبء الاثبات دون المستأجر الى المادة ١٥٢/٢١٣ مدنى الخاصة بمسئولية المخدم عن أعمال خدمته ، باعتبار ان طالب التعويض ملزم باقامة الدليل على حصول الضرر بالشرط المقررة تلك المادة في المسئولية ، والى الاختلاف في وضع عبارات المادة ١٣٧٢ فرنسى عن المادة ٣٧٨/٤٦٣ مدنى ، ذلك الاختلاف الذى يرجع الى انه ورد بالمادة المصرية ان المستأجر يرد الشيء المؤجر بالحالة التى هو عليها . ثم يستند أخيراً الى أن الشارع المصرى لم ينال المادة ١٧٣٣ مدنى التى قررت بان المستأجر مسئول عن الحريق الا اذا أثبت حادثاً جبرياً^(٥)

٨٧٤ — الفقه المصرى : يقول « دي هلس » بانه ما دام أن الشارع لم يشرع للحريق فقد وجب الأخذ بالقواعد العامة. والاصل أن هلاك الشيء^(٦) على المالك في حالة الحوادث الجبرية . وان الخطأ لا يفترض وجوده بل لا بد من اثباته

(١) ٣١ مارس سنة ٩١٥ ، ٢٧ ، ٢٥١ - وان كلمة fait الزايدة بالمادة ٣٧٨ / ٤٦٣ إنما تعيد faute : دي هلس ج ٢ ص ٤٥٥ ن ١٥٥ - واجاز القضاء الأخذ بالشرط في عقد الاجبار الذى يرجع لاحكام اللادتين ١٧٣٢ و ١٧٣٤ - اول مارس سنة ١٩١٦ ، ٢٨ ، ١٨٠ - أول مارس سنة ٩١٦ ، ٢٨ ، ١٨١ (٢) ٢٧ فبراير سنة ٧٩ م ر م ، ٤٠ ، ١٥٩ - ٢٩ فبراير سنة ٨٠ م ر م ، ٥٠ ، ١٢٥ - ٢٧ مايو سنة ٨٠ - جردلى بك تطبيقاً على المادة ٤٦٣ مدنى مختلط ن ٤ - ٩ مارس سنة ٩٣ م ت ق ، ٥٠ ، ١٥٧ - أول يونيو سنة ٩٠٤ ، ١٦ ، ٢٨٩ (٣) استئناف ٢١ مارس سنة ٩٠١ م ر م ، ٣٠١ عدد ٢٣ (٤) استئناف ٩ نوفمبر سنة ٩١٤ ش ٢ ص ٨٨ عدد ٨٥ ومجموعة عياشى ص ٣٥٩ ن ١٦٣ (٥) ٢٧ فبراير سنة ٧٩ و ٢٩ يناير سنة ٨٠ السابق ذكرهما (٦) risque

من يدعيه ضد من يدعي به عليه . وعلى ذلك لا يسأل المستأجر عن الحريق طالما لم يثبت المالك خطأ خصمه .

ويضيف « دى هلس » على ذلك قوله ^(١) بأنه لا يجوز الاخذ هنا بالقواعد العامة المقررة « في حالة من حلز الشيء بطريق قانوني ووجب عليه رده اعتبر مخطئاً ومقتصراً عند عدم الرد ، الا اذا أثبت الحادث الجبرى » ويقول بأنه لا يجوز الاخذ في حالة الايجار بالقواعد العامة في الاثبات . ولا يؤخذ بها الا اذا كان المستأجر ملزماً برد الشيء بالحالة التي أخذه بها . وما دام القانون لا يلزمه برد الشيء الا بالحالة التي هو عليها وقت الرد فلا يلزم بما يتعدى ذلك

ثم قال بأنه لا يجوز الاخذ بالمادتين ١٧٣٣ و ١٧٣٤ لانهما يقرران قرائن وانهما يخالفان العدالة

واتهى بأن قرر ^(٢) بأن المالك يتحمل ضرر الحريق . أما اذا دعى بمسئولية المستأجر وجب عليه اثبات خطأ هذا الاخير . ثم استند في ذلك الى قضاء الامتشاف المختلط

٨٧٥ - في نقد هذا القضاء والفقهاء : رأينا أن المادتين ١٧٣٣ و ١٧٣٤

فرنسي لم يخرج عن أصل القاعدة في تقرير المسئولية التعاقدية . وانما قد خرجا فقط في تحديد أداة الاثبات وتعيين حالات الاثبات . ومعهما لا يجوز الادلاء بالقرائن البسيطة ولا اثبات أحوال خلاف الاحوال الثلاث الواردة بهما وهي الحادث الجبرى والحادث القبرى والعيب في البناء . ورأينا أن مسئولية المستأجر مسئولية تعاقدية يرجع فيها الى الاحكام العامة المقررة بالمادة ١٣٠٢ والمادة ١٣١٥ . ولقنا بأنه بجانب هذه المسئولية التعاقدية ومنشؤها عقد الايجار ، توجد المسئولية التصيرية . بمعنى أنه يجوز للمؤجر خصامة المستأجر بناء على المسئولية التعاقدية وسندها عند الايجار ، وخصامته أيضاً بناء على المسئولية التصيرية ومصدرها الخطأ . انما اذا اختار الثانية وجب عليه الاثبات اخذاً بالقواعد العامة المعروفة في المسئولية وفي الاثبات على العموم

٨٧٦ — هذه هي القواعد العامة المستفادة من القانون سواء كان فرنسياً أم مصرياً . فإذا علمنا ذلك حرماً في أمر هذا القضاء المصري في حكمه بالمسئولية التقصيرية دون المسئولية التعاقدية ، وانكساره على المؤجر حقه في تمتعه بالمسئولية التعاقدية ومنشؤها عقد الايجار^(١) وهل يعقل أن عقد الايجار ، الذي بمقتضاه أصبح المستأجر حائزاً للعقار ومنفعة به وأصبح المالك بعيداً عنه ، يقضى على المسئولية التعاقدية المستفادة منه ؟ ان الاصل الاخذ بالمسئولية التقصيرية عند عدم التعاقد . وتبقى هذه المسئولية بعد التعاقد أيضاً . وليس من شأن التعاقد أن يسيء مركز المؤجر بل من شأنه تحسينه . فبعد ان كانت المسئولية ، عند ما كانت تقصيرية ، لا تستند الى عقد ، أصبحت وقد استندت الى عقد ، فهي تصبح بذلك تعاقدية . والا ما الفرق بين الاثنين ؟ أليس الفرق لأن في التعاقدية تعاقداً وفي التقصيرية لا تعاقد ؟

أما القول من جانب القضاء والفقه بان صيغة المادة ١٧٣٢ الفرنسية تختلف عن صيغة المادة ٣٧٨/٤٦٣ المصرية فهو في غير محله وذلك للأسباب الآتية : —

١ — تقرر المادة ١٧٣٢ فرنسي ما يأتي : « وهو مسئول (أى المستأجر) عن التلف والضياع اللذين يحصلان وقت الافتناع الا اذا ثبت حصولها بغير خطئه » وهي بهذا النص لم تخرج عن حكم المادة ١٣٠٢ فرنسي ، أى ان المدين ملزم بالوفاء ، فإذا لم يف وجب عليه اقامة الدليل على أن عدم الوفاء خارج عن ارادته . والمستأجر مدين وهو ملزم بالوفاء وهو رد الشيء . فإذا لم يرد وجب الاتبات من جانبه بان عدم الرد آت لسبب قهري أو جبري . وما على المؤجر الا أن يثبت قسقط عقد الايجار

٢ — ذكرت المادة ٣٧٨/٤٦٣ مدني ما يأتي : « يجب على المستأجر حين انتهاء الايجار أن يرد ما استأجره بالحالة التي هو عليها بغير تلف حاصل من فعله أو من فعل مستخدميه أو من فعل من كان ساكناً معه أو من فعل المستأجر الثاني الا اذا وجد شرط يخالف ذلك » وأنا لا أرى في النهاية أن في حقيقة هذه المادة ما يخالف القواعد العامة المقررة للمادة ١٧٣٢ التي ترجع هي الاخرى إلى المادة ١٣٠٢ و١٣١٥ فرنسي . ذلك لأن عبارة بالحالة التي هي عليها لا تنصرف الا الى انه اذا أصاب

الشيء نقص بسبب الاستغلال والانتفاع فلا يلزم المستأجر بتعويض ما . إنما محل الالتزام فيما إذا كان الانتفاع تعسفياً بما يخالف طبيعة الشيء وما أعد له^(١) وليس معنى ذلك أنه برد الشيء بالحالة التي هو عليها ولا يسأل عن الضرر الناشئ للشيء لسبب الانتفاع التعسفي أو بأي سبب آخر يرجع للخطأ . وعلى ذلك يعتبر المستأجر مسؤولاً عن الضرر الذي يصيب الشيء سواء أكان الضرر حاصلًا بفعله أم بفعل خدمته وغيره . ولا يسأل عن الضرر الناشئ عن الاستعمال الطبيعي للشيء . إنما يجوز الاتفاق على أن يسأل عن الضرر سواء أكان طبيعياً أم حاصلًا بفعل الخدمة . ولا يمكن أن تنصرف عبارة « إلا أن وجد شرط يخالف ذلك » إلى جواز الاتفاق على عدم المسؤولية في حالة الخطأ الجسيم أو تحديد الضرر ، لمخالفة ذلك للنظام العام

٣ — وفيهم مما مر أن غرض المادة ٣٧٨ منصرف إلى أن المستأجر مسئول طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية . ولم يكن الغرض منها أن تقرر قاعدة تنذرها في هذه الأحكام العامة الاستفادة من المادة ١٧٣٢ و ١٣٠٢ و ١٣١٥ فرنسي ولا عن القواعد المقررة في الإيجار

٤ — وأما ما قاله « دى هلس » من أن الخطأ لا يفترض وجوده وأنه لا بد من المدعى به من اثباته فحل ذلك في المسؤولية التقصيرية . وأما في المسؤولية التعاقدية فلا . ومع ذلك يجب أن تختص المسؤولية في حالة الإيجار إلى القواعد العامة المقررة في الإثبات ، على عكس ما يقرره دى هلس . لأن الشيء للزجر يدخل حتماً ضمن الأشياء التي يجوزها الحائز حيازة قانونية ويلزم بالمحافظة عليها وردها . وأما ما يقوله دى هلس بعكس ذلك فهو يتعارض مع ما قرره القانون بالذات في أن المستأجر ملزم بحكم العقد بالمحافظة على الشيء والعناية به غايته بملكه (المادة ٣٧٦ / ٤٦١ مدني) ونرى أن دى هلس ينكر هو الآخر وجود المسؤولية التعاقدية بجانب المسؤولية التقصيرية كما أنكر ذلك القضاء المختلط . وهذا الانسكال لا مسوغ له كما بينا . لأن المسؤولية التعاقدية لا تزول عن عقد الإيجار لأنها وليدته

٥ — ان ماقرره نحن لا يتعارض مطلقاً مع القاعدة العامة القائلة بأن الهلاك على المالك^(١) ومحل الاخذ بهذه القاعدة فيما اذا كان الهلاك بقوة قاهرة أو حادث جبرى. وأما ما وقع بسبب الخطأ على اختلاف أنواعه فهو يلزم من تسبب فيه

٦ — ان القانون الفرنسى الصادر فى ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ بتعديل الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ قرر بأن هذا التعديل لا يمتشى على المؤجر والمستأجر بل يظل هذان الأخيران خاضعين لاحكام المادتين ١٧٣٣ و ١٧٣٤ وهذا يؤكد بأن الشارع الفرنسى لم يرد أيضاً أن يمس أصل القاعدة العامة التى أقرتها هاتان المادتان وهى القاعدة المستفادة كما رأينا من الاحكام العامة فيما يتعلق بالوفاء بوجه عام . نعم ولو أن التعديل قد جعل الاثبات فى غير الاجبار على عائق الغير لاعلى عائق الحائز، فان ذلك لا ينصرف فى نظرنا الا الى الاشخاص الذين لم يتعاقدوا مع الحائز ، أى الاجانب عنه ، وهؤلاء الاجانب فى مطالبتهم بالتعويض ، يأخذون بأحكام المسؤولية التقصيرية لا التعاقدية مادام انه لا يوجد تعاقد معهم والحائز . وأما من تعاقد مع الحائز كالراهن رهناً حيازياً عقاراً كان أو منقولاً فانه عند ما يطالب بالتعويض فله الاخذ بالمسؤولية التعاقدية ، وفى هذه الحالة لا يلزم بالاثبات ، أو بالمسؤولية التقصيرية ، وفيها يلزم بالاثبات كما بينا ذلك فى مكانه

مسئولية الأشخاص المعنوية

العامة والخاصة

٨٧٧ - للشخصية المعنوية أو الشخصية الادية أو للكلن المعنوي^(١) مراكز خاص في عالم القانون من حيث تكيف هذا المجموع من الاشخاص تكيفاً قانونياً والوقوف على المسوغ القانوني في جعل هذا الكلن المعنوي يتمتع بالحقوق ويلزم بالواجبات التي تتعلق بالقرء . وقد ألى الكاتبون في هذا التكيف والمسوغ القانونين وفي بيان آثارهما القانونية من الوجهة العملية بلاء طويلاً واختلفاً فيما كتبوا اختلافاً يئناً . وأنا لا زريد الدخول في هذه التفاصيل لاتصالها بالقانون الادارى بوجه خاص ، وبنظرية الشخصية من حيث هى بوجه عام ، ولكن الذى يجب أن نشير اليه هنا أنه كان للنظرية الشخصية المعنوية شأن يذكر في الازمان السابقة عند الرومان وعند الفرنسين قبل وبعد سنة ١٨٠٤^(٢) ولما قطعت الجماعات المصرية أشواطاً بعيدة في مسالك المدنية الحاضرة وتوفقت في رقيها عن المدينات السابقة واستمعات في رواج المدنية بالجمعات على اختلاف أنواعها شركات مدنية وتجارية وجمعات أدية واخلاقية ، لم يستطع الشارع في الاوساط الادورية الوقوف دون التشريع لها بما يتفق مع روح النهضة الاجتماعية الحاضرة . ومع وجود تشريع خاص بها هناك فإن الشارحين لا زالوا مختلفين في التعرف على التكيف القانوني لها : يقول البعض إن الشخص المعنوي لم يخرج عن كونه شخصاً تصورياً^(٣) قال بذلك سافيني^(٤) وغيره من الالمان . ويقول البعض الآخر بان الشخص المعنوي لا يوجد في الواقع ، إنما الذى وحد حقيقة هو مجموعة أموال لاشخاص معينين فيصبح أفراد الجمعية مالكيين لهذا المال المجموع^(٥) وقال به امرنج^(٦) وقال آخرون بان الشخص المعنوي هذا هو كلن حقيقي موجود وقائم بذاته لا تصور ولا مجاز فيه^(٧) قال بذلك عدد كبير من الالمان وغالوا فيما قالوا حتى قروا أن لهذا الشخص الحقيقي لإرادة خاصة به تمتاز عن إرادة أعضائه . وقد

(١) personnes morales أو personnes juridiques (٢) كولن وكابنان ج ١
 الطبعة الثانية سنة ١٩١٩ م ٦٥٣ — ٦٦١ (٣) système de la fiction (٤) Savigny (٥) collectifs système des patrimoines (٦) Iherng
 système de la réalité (٧)

أأخدم فى ذلك « ميشو »^(١) إذ لاحظ عليهم خلطهم بين التمتع بالحق^(٢) وبين التصرف فيه^(٣) والحقيقة أن هذه الكائنات الادية إنما هى أشخاص قانونية^(٤) تتمتع بنفس الحقوق التى يتمتع بها الفرد . لان الفرد مادام حراً فى التمتع بحقوقه والتصرف فيها فهو أيضاً فى حل من كيفية تصريف هذه الحقوق . إذ بإنشائه لهذه الكائنات القانونية إنما يعمل بمبدأ حرية التمتع والتصرف فى حقه . فاذا أولاهها حقوقاً فهو إنما يعمل وهو فى دائرة حرته بما يوسع مجال التصرف أمامه والانتفاع بحقوقه بالطرق المشروعة لديه . لذا يمكن اعتبار هذه الكائنات القانونية مظهرأ من مظاهر حرية التمتع بالحقوق عند الفرد الواحد من طريق توسيع المجال أمامه والاكتار لديه من مناهج الحياة العملية فى استغلال الحقوق على طرق شتى^(٥)

٨٧٨ — وعلى هذه الاعتبارات نرى أنه وإن لم يضع الشارع المصرى تشريعاً للأشخاص المعنوية إلا أنها تعتبر موجودة من الوجهة الطبيعية والوجهة القانونية أيضاً وإن الذى بحث فيها روح الوجود هو نفس الفرد بما لديه من مزية حرية التمتع بحقوقه استغلالاً وتصرفاً . ونحن لا نرى محلاً للقيء الذى قال به فتحى بلشا زغول من أنه لا بد للاعتراف بالشخصية القانونية للشخص الادبى من ضرورة الحصول على إجازة له من السلطة الادارية^(٦) ويؤيدنا فى هذا رأى القضاء المصرى مختلطاً وأهلياً إذ يقرر أن الأشخاص المعنوية ليست فى حاجة الى تصريح ادارى بإنشائها بل تعتبر متمتعة بالشخصية القانونية بمجرد وجودها . فاذا ظهر الشخص الادبى ظهورأ واضحأ بهرنامج معين وغرض مقبول ، تمتع وقتئذ بجميع المزايا التى يتمتع بها الفرد من حيث حق جواز التقاضى وغيره من الحقوق الاخرى^(٧)

إذا علم ذلك فهل يعتبر الكائن القانونى هذا مسئولاً عما يقع منه من الاضرار للمغير أم لا ؟ وإذا كان يعتبر مسئولاً فما هو التعليل القانونى لذلك؟

٨٧٩ — كأما نلح هنا أهمية نظرية المسؤولية الشبئية . لانا لو أخذنا بنظرية

(١) Michoud (٢) jouissance des droits (٣) exercices des droits (٤) personnes juridiques (٥) كولين وكابنان ج ١ ص ٦٦٥ (٦) شرح القانون المدنى من ٢٢٨ (٧) استئناف ٢٨ فبراير سنة ١٨٩٩ م ق ١١ ١٢٢٠ — استئناف أهلى ٣ مارس سنة ٩١٥ بمجلة الشرائع المجلد ٢ ص ٢١٤ . — مرافعات الدكتور ابوهيف بك د ١٢٢٠ — ١٢٢٣ وفيها يتعلق بالطرق البنية المختلفة فى الاشخاص المعنوية راجع كتاب فى التأؤن الدولى الخامس ج ٢ ٣٦٤ وما بعده : — انظر مرافعات الدكتور عبد الفتاح بك السيد من ٢٨٠ ن ٢٨٨

الخطأ أو التقصير^(١) بالاعتبار الشخصي الخاص بها^(٢) لما استطلنا ذلك من حيث التوفيق بين نية الاضرار (والنية كما رأينا ركن من أركان الخطأ) والنظرية القائلة بأن الشخص الادبي شخص تصوري موجود مجازاً للاحقية . ولكن ربما نجد بعض السهولة في التوفيق بين نظرية المسؤولية التصديرية والمذهب القائل بأن الشخص الادبي موجود حقيق قائم في علم الحقيقة^(٣) ولكننا لا نقول بهذا ولا بذلك بل الذي نقول به هو أن الشخص القانوني يجب أن يعتبر مسئولاً عن الاضرار التي تنشأ عن أعماله مادامت هذه الاعمال يقوم بها وكلاؤه الشرعيون الذين نصهم عنه ، وسواء أكان يرجع في تقرير المسؤولية الى الفقرة الاولى من المادة ١٥٠ مدني أهلي ، أم الى الفقرة الثانية من المادة المذكورة^(٤) فالمسؤولية واقعة ولا محالة ويجب أن يدفع التعويض من مال الشخص الأدبي والأشخاص المعنوية بمصر إما ان تكون قائمة بأعمال حكومية وإما لا . فالاولى كالمجالس البلدية ومجالس المديرية . اذ لكل من هذه المجالس شخصية ذاتية خاصة به فله مال خاص وموظفون معينون ، ولا يعتبر جزءاً من الحكومة ، بل يعتبر قائماً فقط بأعمال حكومية . فله أن يستفيد من الامتيازات المقررة للأعمال الحكومية لا للحكومة نفسها .^(٥) وللحكومة في كل آن أن تقرر انشاء أشخاص معنوية حكومية بمقتوى وواجبات معينة كما هو الشأن بالنسبة للفرد ، وتعتبر هذه الأشخاص المعنوية الحكومية موجودة وقائمة قانوناً بالنسبة للاجانب أصحاب الامتيازات بمصر^(٦) وكذلك صندوق الودائع والأمانات للمحاكم المختلطة يعتبر شخصاً معنوياً يديره كاتب المحكمة^(٧)

٨٨٠ — ومن الأشخاص القانونية القائمة بأعمال خاصة أو غير حكومية ديوان الاوقاف الخوصية^(٨) وشركات التعاون^(٩) والجمعيات المنتظمة على اختلاف أنواعها كالجامعة المصرية والجمعية الخيرية الاسلامية والجمعية الخيرية القبطية وهكذا من الجمعيات ذات الغرض المشروع وذات النظام الخاص

(١) faute (٢) subjectif (٣) ميشوع ٢ من ٢٣١ ن ٢٧٣

(٤) راجع في كل ذلك ميشوع في نظرية الشخصية الادبية ج ٢ ص ٢١٣ - ٢٩٤

(٥) راجع في ذلك كتابنا في الالتزامات أو الدائيات ج ١ ص ١١٧ - ١٢٢ . - راجع المادة ١٣٧ من الدستور المصري الاخير اذ قررت بأن المديرية والمدن والقرى تعتبر اشخاصاً معنوية تحتلها مجالس المديرية والمجالس البلدية . (٦) استئناف م ٢١ مارس سنة ١٩١٢ في ث ق ، ٢١٣ ، ٢٤٤ (٧) استئناف م ٢١ يناير سنة ١٩١٤ م ث ق ، ١٥٩ ، ٢٦٥ (٨) استئناف أهلي ٢٥ اكتوبر سنة ١٩١٦ مجلة الفرائع مجلد ٥ ص ٣٧ (٩) المتصورة الجزئية ١٠ فبراير سنة ١٩١٦ للفرائع ٣ ، ٣٤٤

٨٨١ - في مسؤولية الحكومة : ان مسؤولية الحكومة تشمل كل الاتصال بالقانون الادارى لانها جزء منه فلا نطيل القول فيها ^(١) وانما الذي نلاحظه في المسوخ القانوني لما أن مسئوليتها إما أن تتعلق بالاعمال الادارية ^(٢) وأعمال السيادة العامة على اختلاف أنواعها ^(٣) كالاعمال الحكومية السياسية ^(٤) وإما أنها تتعلق بالاعمال الاخرى التي لا تمثل فيها السلطة العامة تمثيلاً ظاهراً . فالاعمال التي تتعلق بالسلطة العامة كنشر قانون أو اشهار حرب أو توقيع معاهدة صلح أو تقرير أعمال إيجابية أو سلبية متعلقة بالميزانية فلها لا تجمل هناك محلاً لمسئولية السلطة العامة . وأما الاعمال الادارية فلا مسئولية على الحكومة فيها طالما انها مطابقة للقوانين واللوائح مهما كان الضرر التسبب عنها ^(٥) أما اذا كان الضرر ناشئاً عن مخالفتها القوانين واللوائح فلا بد من التعويض دون المساس بالاعمال الادارية ودون العمل في تأويلها ، لما في ذلك من الاقيات من جانب السلطة القضائية على السلطة الادارية ^(٦)

٨٨٢ - وأما الاعمال الاخرى التي تجزئها الحكومة من فصل موظف أو مستخدم في وقت غير لائق أو من التعامل مع الافراد في البيع والشراء والتأجير أو ما يجريه موظفها من الاعمال الضارة بالافراد ، وخلاف ذلك ، فلنقتي به في هذه الاحوال أن الحكومة تخضع لاحوال القانون المدني ^(٧)

٨٨٣ - وأما في فرنسا فانه نظراً لعدم وجود نص بالقوانين الفرنسية يحكى نص للمادة ١٥/١١ من لائحة إنشاء المحاكم المصرية فان القضاء الفرنسي قرر أولاً

(١) انظر كتابنا في مسؤولية الحكومة للمصرية باعتبارها صاحبة الولاية العامة جزآن عربى وفرنسى
(٢) actes administratifs (٣) actes de souveraineté أو actes d'autorité
(٤) actes de gouvernement (٥) استئناف أهلى أول ديسمبر سنة ١٩١٠ م ١٢٠١٢
ص ٤٨ يتعلق بارسال شخص الى مستشفى المجاذيب (٦) المادة ١٥ من لائحة إنشاء المحاكم الاهلية
الموضوعة في ١٤ يونيو سنة ١٨٨٣ والمقابلة للمادة ١١ من لائحة إنشاء المحاكم المختلطة وهي المادة
المعدلة بقانون ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ . استئناف أهلى ١١ يناير سنة ١٩١٠ م ١١٠ ص ١٧٣ -
استئناف ٣٠ يناير سنة ١٩١٩ م ٢٠ ص ٩٣ رقم ٧٥ (٧) محكمة استئنافية ببيشة استئناف
في ٢٢ يناير سنة ١٩١٩ نشر في جريدة الاهرام في ٢٨ أغسطس سنة ١٩١٩ .

عدم مسئولية السلطة العامة عن أي عمل تجريه ويدخل ضمن سلطتها العامة. ولكن أخذ قضاء مجلس الحكومة^(١) يتغير هو الآخر وقضى بالمسئولية في مواطن عدة ولم يعتمد في قضاؤه بالمسئولية على النصوص القانونية المدنية العامة^(٢) بل رجع في ذلك للمدالة^(٣)

تم الكتاب

(١) Conseil d'Etat (٢) بلانيول ج ٢ ص ٢٨٩ ن ٨١٨ (٣) راجع مقال هاماً

نشره أبلتون Appleton بمجلة د. ٩٢٠، ١٠٣

جدول الخطأ والصواب

صفحة	نبذة	خطأ	صواب
١٨	١	(سطر ١٣) القانون الاجتماعي	تقرأ : القانون المحلي
٦٢	٥٩	(سطر ٣) برادة المتعاقدين	» برادة الانسان
٦٥	٦٧	(» ١٦) العقد التبادلي	» العمل التبادلي
١٤٠	١٥٣	(» ٣) قد تعين جنسه	» قد تعين نوعه
٢٥١	٢٦٨	(» ١٤) الاخذ بهذه النظرية الرباعية	» الاخذ بتقسيم العقود الى ثلاث طوائف
٥٤٥	٥٦٧	(» ٨) اديان المخبر	» اخبار المدعين

فهرست الكتاب

فهرست النظرية العامة للالتزامات

١

صفحة	كلمة
٩	تمهيدات أولية
١٨	في كنه الحق والقانون
١٨	القانون والاخلاق
٢٠	القانون الطبيعي
٢٠	القانون المعمول به والقانون الطبيعي
٢١	القانون الطبيعي وتطوره وآثاره بالقانون الفرنسي
٢٢	القانون الطبيعي والشرائع الحاضرة
٢٤	القانون الطبيعي والشرائع المصرية
٢٥	القانون الطبيعي والفقهاء المصريون
٢٦	في القانون علماً أو فناً
٢٧	في أقسام القانون المعمول به
٢٨	في الفرق بين القانون العام والقانون الخاص
٢٩	في مصادر القانون
٣١	(١) في المصادر التشريعية لقانون
٣١	(١) القانون
٣٢	(٢) لجنة سرية في تلويح التشريع
٤٠	(٣) المادة
٤٣	(٢) في المصادر غير التشريعية لقانون
٤٤	١ — الفقه
٤٤	§ ١ الفقه الفرنسي
٤٩	§ ٢ الفقه المصري
٥١	٢ — القضاء
٥٥	في الالتزامات
	<hr/> المصادر التعاقدية
٥٧	للتزامات
٥٧	<hr/> العتود

صفحة

تمهيد عام

٥٨	لنظرية العقود
٥٨	الالتزام من حيث هو
٦١	في النظرية العامة للأعمال القانونية
٦١	(١) كلمات عامة
٦٣	(٢) حرية الإرادة في الأعمال القانونية
٦٦	(٣) في شروط وصحة الأعمال القانونية
٦٦	أثر الإرادة في الأعمال القانونية
٧٠	في الاهلية القانونية
٧٢	في الإلابة القانونية *
٧٦	في الحقوق وخصائصها وأنواعها
٨٢	في مال الانسان أو ثروته

العقود

في تكوين العقود

٨٣	كلمة عامة
٨٤	في مبدأ حرية التعاقد
٨٦	في منابت العقود ومطابق وجودها
٨٧	في تقسيم العقود
٨٨	في عقود التبرع وبالمقابل وببعض
٨٨	في العقود التبادلية وذات الطرف الواحد
٩٠	في العقود الرضائية والعينية ذات الأوضاع الشكلية
٩١	(١) الرضاء في العقود بالترافع الحاضرة
٩١	(٢) الرضاء في العقود عند الرومان
٩٣	(٣) الرضاء في العقود بعد الرومان
٩٥	(٤) في بحث العقود الشكلية في الأزمان الحاضرة
٩٦	العقود للمزككة والعقود الاحتمالية
٩٧	في شروط انقضاء التعاقد والعقود وشروط صحتها
٩٧	(١) في الرضاء
٩٩	التحول بعد العرض

صفحة	
١٠٤	٢ - في انتقاد المقعد بالمكاتبية
١٠٥	٣ - في الافصاح عن الارادة في التعاقد
١٠٦	٤ - الكسوت والرضا
١٠٨	٥ - عيوب الرضاء
١٠٩	١ - الخطأ
١٢٠	ب - في التدليس
١٢٣	ج - في الاكراه
١٢٦	د - في المقارنة بين التدليس والاكراه
١٣١	هـ - في الغبن
١٣٦	٢ (في محل المقعد
١٣٩	١ - في اشتراطات المقاعد على نفسه بأن الغير يقوم بعمل معين
١٤١	٢ - فيما لا يجوز التعاقد فيه
١٤٢	٣ - في التعاقد على أموال التركة قبل وفاة صاحبها
١٤٥	٣ (في السبب
١٤٥	١ - كرامة عامة
١٤٥	٢ - السبب في العقود بموض . وفي مذاهب
١٤٧	السيدين واللاسيدين
١٥٥	٣ - في الاحوال التي يعتبر فيها الباعث سبباً
١٥٥	بالعقود ذات الرض
١٥٧	٤ - السبب في الهبة
١٥٩	٥ - في الالتزام مجهول السبب
١٦٢	٦ - التشريع الاجنبي والسبب

في الآثار العامة للعقود

١٦٣	في أثر المقعد بين العقدين
١٦٦	في آثار العقود بالنسبة لخصاء العقدين
١٦٩	في آثار العقد قبل الغير
١٦٩	١ (نظرية التعاقد لغير
١٧١	١ - نظرية التعاقد لغير ماضيا وحاضرا
١٧٤	١ - نظرية التعاقد لغير عند الرومان
١٧٣	ب - التعاقد لغير قبل وضع القانون الفرنسي سنة ١٨٠٤
١٧٣	ج - التعاقد لغير وقانون نابليون
١٧٥	د - نظرية التعاقد لغير كما تبيها الاصول العامة للقانونية

مقدمة

- ١٧٦ — في المظاهر العامة لنظرية التعاقد الغير
 ١٧٧ و . — في مقارنة نظرية التعاقد الغير مع نظرية الالة
 ١٧٨ (٢) في نتائج التطبق الغير . في الحقوق والدعاوى الناشئة عنه
 ١ — النتيجة الاولى . في الحق الذي يكتسبه المنتفع في الحال وفي اليكيد القانوني
 لهذا الحق ١٧٩
 ٢ — النتيجة الثانية . في حق الانهاء المقرر لتعاقد مع الغير ١٨٣
 (٣) في النتائج القانونية الناشئة عن التعاقد الغير فيما بين اصحاب المصالح فيه ١٨٤
 ١ — في نتيجة التعاقد الغير بين المنتفع والواعد ١٨٥
 ٢ — في نتيجة التعاقد بين لانتفع والتعاقد ١٨٥
 (٤) في نظرية التعاقد الغير لاجل اشخاص غير مالمعين وقت التعاقد ١٨٦
 (٥) في نظرية التعاقد الغير والقوانين الاجنبية ١٨٨
 في الآثار الخاصة بال عقود التبادلية ١٨٨

(١) الامر الاول لعقود التبادلية

- ١٨٩ — الدفع لعدم الوفاء
 (٢) الامر الثاني لعقود التبادلية
 في نظرية الهلاك ١٩٢
 ١ — الهلاك في القانون الفرنسي ١٩٢
 ا . — هلاك الشيء المعين في العقود التبادلية ١٩٢
 ب . — في مستثنيات المادة ١١٣٨ الفرنسية ١٩٥
 ج . — الهلاك في الالتزام الملحق على شرط ١٩٨
 ٢ — الهلاك في الشريعة الاسلامية ٢٠٠
 ٣ — الهلاك والضرر الاجنبية ٢٠١
 ٤ نظرية الهلاك في القانون المصري ٢٠٢
 ا . — التشريع المصري قبل قانون ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ رقم ١٨ و ١٩ و ٢٠٢
 ب . — التشريع المصري بعد قانون ٢٦ يوليو سنة ١٩٢٣ رقم ١٨ و ١٩ و ٢٠٨
 (٣) الامر الثالث لعقود التبادلية : الفسخ ٢٠٩
 ١ — كلمة عامة ٢٠٩
 ٢ — مشروعية الفسخ ٢١٠
 ا . الفسخ عند الرومان ٢١١
 ب . — الفسخ في فرنسا قبل سنة ١٨٠٤ ٢١٣
 ج . — الشرط الفاسخ في قانون نابليون ٢١٣
 د . — في آثار الفسخ بالنسبة لغير ٢١٤
 ٣ — الفسخ في القانون المصري ٢١٥
 ا . — في مشروعيتها ومصادرها القانونية ٢١٥

صفحة

٢١٧	ب . — في آثار النسخ بالنسبة لغير
٢١٩	ج . — في شروط النسخ
٢٢١	في أثر القانون على العقود ومنعوله فيها . وفي دائرة عمل القانون
٢٢٢	١ (إصدار القانون واعلاءه
٢٢٣	٢ (في الآثار الالاجي لقانون
٢٢٤	١ — في المصادر التكرمية للنظرية
٢٢٦	٢ — في الآثار الرجعي على نتائج العقد الماضية والمستقبلية
٢٣٠	٢ — نظرية الآثار الالاجي وقانون المراضات
٢٣٣	٣ (في إلغاء القوانين وإبطالها
٢٣٥	في النظرية العامة لإبطال العقود
٢٣٥	١ (كلمة علمية
٢٣٧	٢ (بطلان العقود عند الرومان
٢٣٧	٣ (نظرية البطلان في الوقت الحاضر
٢٣٩	٤ (في أنواع البطلان
٢٣٩	١ — في البطلان المطلق
٢٤٣	٢ — في البطلان النسبي
٢٤٥	٣ — في البطلان المدمم
٢٤٥	٤ — في قد نظرية البطلان الثلاثي

في الالتزامات الناشئة

عن العقود

في الالتزامات البسيطة

في الاحكام العامة للالتزامات البسيطة

٢٤٨	في آثار الالتزامات البسيطة
٢٤٨	في التزام المدين وفي آثار عدم الوفاء بالالتزام
٢٥٠	في تحرر المدين من الدين وفي نظرية الخطأ أو التصبر المتعاقدي . وفي نظرية الخطأ الرابعي
٢٥٤	في عدم الوفاء لسبب خلوج عن ارادة المدين
٢٥٤	١ (في الحادث الجبري والقوة القاهرة
٢٥٨	٢ (في بعض الاحوال الاستثنائية الخاصة بمسئولية المدين
٢٦١	في حق الدائن وطريقة الوصول اليه
٢٦١	١ (الحقة الاولى . التنفيذ المباشر
٢٦١	١ التنبية بلوفاء
٢٦٣	١ كيف يحصل التنبية
٢٦٤	ب في آثار التنبية
٢٦٥	ج في الاحوال التي لا عمل فيها لتنبية بلوفاء

صفحة	
٢٦٦	٠٢ - التنفيذ الجبرى وامكانه
٢٦٩	(٢) الحالة الثانية - التنفيذ بتقابل أو نظرية التعويض
٢٧٠	١ - شروط المطالبة بالتعويض
٢٧٢	٢ - فى تقدير التعويض
٢٧٣	١ - فى تعويض القاضى
٢٧٨	ب - فى تعويض الماعدين أو فى الشرط الجزائى
٢٧٨	§ ١ - كفة عامة
٢٧٩	§ ٢ - فى أركان الشرط الجزائى وشروطه
٢٨١	§ ٣ - الشرط الجزائى والالتزام البديل
٢٨٣	§ ٤ - فى قوة الشرط الجزائى وتناذه على الماعدين
٢٨٥	§ ٥ - فى خصائص الشرط الجزائى
٢٨٦	ج - فى تعويض القاتون أو نظرية الفوائد أو التعويض الأخرى
٢٨٧	§ ١ - فى الاصول المتفاوتة لنظرية الفوائد
٢٩٣	§ ٢ - فى الفوائد المركبة
٢٩٧	٣ - فى وسائل الاكراه
٢٩٨	١ - فى أصل تكوين نظرية وسائل الاكراه من الوجهة اقتضائية
٣٠٠	ب - فى خصائص نظرية وسائل الاكراه
٣٠٠	ج - القضاء المصرى ونظريته وسائل الاكراه
٣٠١	د - فى قد نظرية وسائل الاكراه
٣٠٦	فى الضمانات المقررة للدائن قبل مدينه
٣٠٦	(١) لغة طرحية
٣٠٨	(٢) فى نظرية الضمان العام أو الرهن العام
٣١٢	(٣) فى وسائل تحقيق الضمان العام
	١ - فى الدعوى المباشرة أو فى قيام الدائن مقام
٣١٦	مدينه فى استغلال الحقوق ومباشرة الدعاوى
٣١٩	١ - فى الحقوق والدعاوى التى يجوز للدائن استعمالها
٣٢٢	ب - فى شروط الدعوى غير المباشرة
٣٢٤	ج - فى نتائج الدعوى غير المباشرة
٣٢٧	٢ - فى دعوى الابطال أو دعوى ابطال تصرفات المدين
٣٢٨	١ - دعوى الابطال عند الرومان
٣٢٩	ب - دعوى الابطال عند شراح القرنيس قبل سنة ١٨٠٤
٣٢٩	ج - دعوى الابطال فى الوقت الحاضر
٣٣١	د - شروط دعوى الابطال
٣٣١	§ ١ - بشرط الاول - الضرر أو الضرر المادى
٣٣٣	§ ٢ - بشرط الثانى - اللامبليس أو للشرط الضوى

صفحة	
٣٣٦	§ ٣ - الشرط الثالث . توافق المدين مع من تامل منه
٣٣٨	٥ - الاعمال التي تقبل الطعن بدعوى الابطال
٣٤٣	و - الدائنون الذين يجوز لهم اللجوء بدعوى الابطال
٣٤٦	ز - في ماهية دعوى الابطال
٣٤٩	ح - في آثار دعوى الابطال
٣٥١	ط - في سقوط دعوى الابطال بمضي المدة
٣٥٣	ي - في العمل بدعوى الابطال الرومانية في الوقت الحاضر
٣٥٤	٣ - في دعوى الصورية
٣٥٨	في الالتزامات الطبيعية
٣٥٨	١ () كفة عامة
٣٦٠	٢ () الالتزام الطبيعي عند الرومان
٣٦١	٣ () الالتزام الطبيعي عند الفرنسيين قبل سنة ٨٠٤
٣٦٣	٤ () في الاحوال التي يتكون فيها الالتزام الطبيعي
٣٦٣	١ - في الاحوال التي قال بها الفقه
٣٦٦	٢ - مذهب القضاء في تعيين حالات الالتزام الطبيعي
٣٦٩	٥ () في آثار الالتزام الطبيعي
٣٦٩	١ - الالتزام الطبيعي والوفاء الارادي
٣٧٤	٢ - الوعد بالوفاء
٣٧٥	٣ - الالتزام الطبيعي والدفع الموضوعي الدائم
٣٧٦	٤ - الالتزام الطبيعي والكفالة
	في اقتضاء الالتزامات
٣٨٠	في أسباب اقتضاء الالتزامات
٣٨١	١ () في الوفاء
٣٨١	١ - في الوفاء البسيط
٣٨٢	أ - فيمن يدفع الدين
٣٨٨	ب - في المدفوع اليه أو الموفى اليه
٣٩١	ج - في المدفوع أو الموفى به
٣٩٤	د - في تاريخ ومكان ومكاييف الوفاء
٣٩٥	ه - في الوفاء بشئ غير الملتزم به
٣٩٦	و - في دفع الديون
٣٩٨	ز - في للمرض والايذاء
٤٠٣	ح - في التعرض لوفاء بالخير تحت يد مدين الدائن
٤٠٧	ط - في تنزل المدين عن أملاكه في حالة الاصرار
٤٠٨	٢ - في الوفاء مع الحلول

صفحة

- ١ - كلمة علمة ٤٠٨
- ب - في الكيان القانوني للحلول ٤١٠
- ج - في الحلول بالرضاء ٤١٤
- § ١ - في الحلول برضاء الدائن ٤١٤
- § ٢ - في الحلول برضاء المدين ٤١٦
- د - في الحلول بالتناون ٤١٩
- هـ - في نتائج الوفاء بالحلول ٤٢٤
- و - في مقارنة الحلول ببيع الحقوق ٤٢٩
- ز - في مقاومة الحلول باستبدال الدين ٤٣٠
- (٢) في استبدال الائتزام ٤٣١
- ١ - في كيفية حصول الاستبدال ٤٣١
- ٢ - في مقارنة الاستبدال الروماني بالاستبدال الحاضر ٤٣٦
- ٣ - في شروط صحة الاستبدال ٤٣٨
- ٤ - في آثار الاستبدال ٤٤٠
- (٣) مكرراً - في الاحالة ٤٤٤
- ١ - في احوال الاحالة ٤٤٤
- ٢ - في تقسيم الاحالة الى كلمة وناقصة ٤٤٦
- ٣ - في مقولة الاحالة الكاملة مع الحوالة ٤٤٦
- ٤ - في أثر الاحالة قبل التحيل ٤٤٨
- ٥ - في أثر الاحالة قبل الحال عليه ٤٥١
- ٦ - الاحالة والقوانين المصرية الماضية والقانون التجاري ٤٥٣
- (٣) في المقاصة ٤٥٤
- ١ - كلمة عامة ٤٥٤
- ٢ - في خصائص المقاصة ٤٥٧
- ٣ - في شروط المقاصة ٤٥٩
- ٤ - فيما لا يتجاوز فيه المقاصة ٤٦٣
- ٥ - في المقاصة بالتراضى والمقاصة للقضائية ٤٦٧
- ٦ - في المقارنة بين المقاصة في القانون المصري والقانون الالماني ٤٦٨
- ٧ - في نقد نظرية المقاصة للقانونية في مصر ٤٦٩
- (٤) في اتحاد الذمة ٤٧١
- ١ - في احوالها وفي آثارها ٤٧١
- ٢ - في نقد نظرية اتحاد الذمة وفي تحيل المقاصة الى اتحاد الذمة ٤٧٣
- (٥) في الارباء من الدين ٤٧٤
- ١ - احوال الارباء وآثاره ٤٧٤
- ٢ - في الملاواء من الدين بسبب تصالح المظن مع جماعة دائنيه ٤٧٧

صفحة	
٤٧٨	٣ - في آثار الإبراء بالنسبة لغير المدين
٤٧٩	٦ (في ضياع الشيء المتروك به أو في استحالة التنفيذ
٤٨٠	٧ (في التقادم المسقط
٤٨٢	٢ - في التقادم المكسب
٤٨٣	١ - في كيفية احتساب المدة
٤٨٤	ب - في ضم مدد وضع اليد
٤٨٤	ج - في قطع مدة التقادم
٤٨٧	د - في إيقاف التقادم
٤٩٣	هـ - في سريان التقادم على الماضي
٤٩٤	و - في التنازل عن التقادم
٤٩٦	٣ - في التقادم المسقط
٤٩٦	١ - في أحكام التقادم المسقط
٥٠٠	ب - في السوغ التافؤ في التقادم المسقط
٥٠١	ج - في مدد التقادم المسقط
٥٠١	§ ١ - التقادم المسقط بخمس سنوات
٥٠٦	المسألة الأولى . الاستحقاق في الوقف
٥٠٨	المسألة الثانية . ربيع الأرض للمتعبة
٥١٠	§ ٢ - التقادم المسقط بمدة ٣٦٠ يوماً
٥١١	اليمين في التقادم بمدة ٣٦٠ يوماً
٥١٣	§ ٣ - التقادم المسقط بمدة أخرى
٥١٥	د - في تعديل مدة التقادم بالزيادة أو بالنقص برضاء العاقدین
٥١٧	هـ - في ابتدء سريان المدة
٥١٩	و - في إيقاف سريان مدة التقادم المسقط
٥٢١	ز - في قطع التقادم المسقط
٥٢٥	في الإقرار بالديون التي تسقط بمدة ٣٦٠ يوماً
٥٢٧	ح - في احتساب مدة التقادم المسقط
٥٢٨	ط - في سقوط دعوى الميراث والوقف بالتقادم
٥٢٨	§ ١ - التقادم في الشريعة الإسلامية
٥٢٩	§ ٢ - التقادم عند الخلفاء والسلاطين
٥٣٠	§ ٣ - في التقادم الشرعي بمصر
٥٣٢	§ ٤ - حكم القضاء للمصرى في التقادم الشرعي
٥٣٢	١ - القضاء المختلط
٥٣٣	٢ - القضاء الأجنبي
٥٣٣	الحالة الأولى : حالة الوقف

صفحة

- الحقة الثانية : حالة الميراث ومقارنة القضاء الاهلي
والقضاء المختلط وآراء رجال الفقه الاسلامي ٥٣٥
ي - ٥ في آثار التقادم ٥٤٠

في انتقال الالتزامات

- كلمة علمة ٥٤١
انتقال الحق في القانون الروماني ٥٤٢
انتقال الحق في الشريعة الاسلامية ٥٤٣
في شروط الحوالة ٥٤٤
١) شروط الحوالة بالنسبة للمقدين ٥٤٤
٢) شروط الحوالة بالنسبة للغير ٥٤٥
٣) الغير والحوالة وتزامم الحائزين ٥٤٦
في تحويل المزايم ٥٥٧
في التخارج ٥٥٧
في الفرق بين المادة ٤٣٦/٣٤٩ والمادة ٢٢٤/١٦٠ مدني ٥٥٨
في تحويل الدين من جهة المدين ٥٥٨

الالتزامات المركبة

- الشرط ٥٦١
١) في اركان الشرط ومقارنته بالاجل ٥٦١
٢) في أقسام الشرط ٥٦٣
١ — في الشرط التوقيفي والشرط الفاسخ ٥٦٣
٢ — في الشرط الارادي والاحتمالي والمختلط ٥٦٤
٣ — في الشرط الموجب والشرط السالب ٥٦٦
٤ — في الشرط المستحيل والشرط المخالف للآداب والشرط غير المشروع ٥٦٦
٣) في آثار الشرط ٥٦٩
١ — متى يعتبر الشرط قد تحقق ٥٦٩
٢ — في آثار الشرط الموقوف والشرط الذي تحقق والذي لم يتحقق ٥٧٠
٣ — في الاثر الرجعي لشرط ٥٧١
الاجل ٥٧٦
١) أركان الاجل ومقارنته بالشرط ٥٧٦
٢) في سقوط الاجل وزوال الافتتاح ٥٧٩
٣) في أنواع الاجل والمهلة الفائتة والقضائية ٥٨١

صفحة	
٥٨٦	في تعدد محل الالتزام
٥٨٦	(١) في الالتزام بأكثر من شيء واحد والالتزام التخييري والالتزام البديلي
٥٨٧	(٢) في الالتزامات البدية
٥٨٩	في تعدد الماقيدين
٥٨٩	(١) في التعدد البسيط لماقيدين
٥٩٠	(٢) في الالتزام التضامني
٥٩٠	١ — في التضامن الايجابي
٥٩١	في آثار التضامن الايجابي
٥٩٢	٢ — في التضامن السلبي
٥٩٣	١ — في مصادر التضامن السلبي
٥٩٣	§ ١ — المصدر الاول لتضامن السلبي
	رضاء الماقيدين
٥٩٤	§ ٢ — المصدر الثاني لتضامن السلبي
	القانون
٥٩٧	ب. — في آثار التضامن السلبي
٦٥٨	§ ١ — في الآثار الاصلية لتضامن
	١ — الاثر الاول من الآثار العامة : المدينون
٥٩٨	التضامنون ملزمون جميعاً بشيء واحد لا يتعدد
	٢ — الاثر الثاني من الآثار العامة : كل مدين متضامن
٥٩٩	ملزم ازاء الدائن برابط خاص به
٦٠٦	§ ٢ — في الآثار الثانوية لتضامن
٦١٢	§ ٣ — في الوكالة المتبادلة بين المدينين المتضامنين
٦١٣	١ — في آثار الوكالة المتبادلة
٦١٦	٢ — في آثار التضامن في القانون المقارن
٦١٦	٣ — في انتضامن الكامل والتضامن الناقص
٦١٧	٤ — في رجوع المدينين المتضامنين على بعضهم البعض
٦١٨	في عدم قابلية الدين للائتمان أو التجزئة
٦٢٠	(١) متى يعتبر الالتزام غير قابل للائتمان أو التجزئة ؟
٦٢٠	(٢) في عدم التجزئة الناشئ عن طبيعة الالتزام نفسه
٦٢٢	(٣) في عدم التجزئة الناشئ عن رغبة المتماقيدين
٦٢٣	(٤) في آثار عدم التجزئة

في المصادر اللاتماقية

للتزامات

(١٠)

في النظرية العامة للالتزام بلا سبب

صفحة	
٦٢٨	في النظرية العامة للالتزام بلا سبب
٦٢٩	في نظرية المدفوع بلا حق
٦٣٢	(١) في شروط استرداد المدفوع بلا حق
٦٤٠	(٢) فيما يقرب وما لا يقرب على الاسترداد
٦٤٤	في دعوى المطالبة بمقابل المنفعة
٦٤٥	(١) في الادوار التاريخية لدعوى المطالبة بمقابل المنفعة
٦٤٨	(٢) دعوى المطالبة بمقابل المنفعة في الوقت الحاضر
٦٥٠	(٣) السوغ القانوني لنظرية الالتزام على حساب الغير بوجه عام ^٢
٦٥٣	(٤) الالتزام ودعواه بالقانون المقارن
٦٥٣	(٥) في شروط الالتزام ودعواه
٦٥٨	(٦) في المبلغ المطالب به في الالتزام

في المصادر اللاتماقية

للتزامات

(٢)

في نظرية الجنب واشباه الجنب

أو

نظرية المشولية

٦٦١	القانون الفرنسي : الترجمة العربية
٦٦٢	القانون الفرنسي : النص الفرنسي
٦٦٣	القانون المختلط : النص العربي
٦٦٤	القانون المختلط : النص الفرنسي
٦٦٤	القانون الاهلي : النص العربي ^١
٦٦٥	القانون الاهلي : النص الفرنسي
٦٦٦	تمديد
٦٦٨	(١) التمديد التاريخي

صفحة

٦٦٨	٢ (التهديد التشريعي
٦٦٨	١ — التشريع المختلط
٦٧٤	٢ — التشريع الاهلي

مسئولية الاشخاص الفردية

٦٧٨	مسئولية الفرد عن اعماله هو
٦٧٨	١ (متى يعتبر الانسان مسئولاً ومتى لا يعتبر مسئولاً
٦٧٩	٢ (في اللجنة المدنية وشبه اللجنة المدنية
٦٨٠	٣ (في اللجنة المدنية واللجنة الجنائية
٦٨١	٤ (في تأثير القانون الجنائي على اثنان من المدعى
٦٩٢	٥ (في التمويض وصوره
٦٩٣	٦ (في تاريخ المسؤولية الناشئة عن الخطأ أو التقصير
٦٩٣	١ — المسؤولية عند الشعوب القديمة
٦٩٤	٢ — المسؤولية عند الرومان
٦٩٦	٣ — المسؤولية في القرون الوسطى وقيل وضع قانون نابليون سنة ١٨٠٤
٦٩٧	٤ — المسؤولية في العصر الحاضر
٦٩٧	ا . - نظرية التقصير أو الخطأ
٧٠٠	ب . - في نظرية المسؤولية الشيئية
٧٠٠	§ ١ - كلمة عامة
٧٠٢	§ ٢ - مصدر المسؤولية الشيئية عند الرومان
٧٠٣	§ ٣ - المسؤولية الشيئية والاعتبارات المصرية
٧٠٥	§ ٣ - اثار نظرية المسؤولية الشيئية في عالم التشريع
٧٠٦	§ ٥ - نظرية للمسئولية الشيئية في علم الفقه
٧١٥	§ ٦ - في نقد نظرية المسؤولية الشيئية
٧٢٠	§ ٧ - للمسئولية الشيئية في عالم القضاء
٧٢٠	§ ٨ - للمسئولية الشيئية والقانون المصري
٧٢١	في نظر مخاطر الحرفة
٨٢٦	ج . - في المسؤولية انتصيرية أو الاتفاقية
٧٢٧	§ ١ - الزكن الاول - الضرر
٧٢٧	١ - ضرورة الضرر والتبويض
٧٢٧	١ - أنواع الضرر
٧٢٨	٢ - التبويض والضرر الحال
٧٢٩	٣ - التبويض والضرر المباشر
٧٣٢	٤ - التبويض والخطأ المشترك

صفحة

- ٥٠ - الخطأ المشترك ونظرية نصف المسؤولية ودواج ٧٣٣
- ٦٠ - الورثة والتعويض ٧٣٤
- أولاً - حق الورثة في التعويض ٧٣٤
- ثانياً - توزيع التعويض على الورثة ٧٣٥
- ٧ - الاتفاق على التعويض ٧٣٦
- ٨ - في دعوى التعويض ٧٣٨
- § - الركن الثاني للمسئولية التصيرية : التخصيص أو الخطأ ٧٣٨
- ٩ - العامل الاول : الادراك ٧٣٨
- ٢ - العامل الثاني : العمل المكون لخطأ ذاته ٧٤٠
- أولاً - في الخطأ أو التخصيص من حيث هو ٧٤٠
- ثانياً - في المظاهر العملية للخطأ أو التخصيص ٧٤٣
- ثالثاً - في الخطأ المدني والخطأ الادبي ٧٤٥
- رابعاً - في نظرية الخطأ الثاني أو الخطأ
- ٤٥ - التماقضى وغير التماقضى ٧٤٥
- د - في نظرية الاعتساف في استعمال الحق ٧٤٩
- § ١ - مصدرها عند الرومان وشرعيتها في الوقت الحاضر ٧٤٩
- § ٢ - مصادر نظرية الاعتساف في استعمال الحق بالقوانين المعاصرة ٧٥٠
- § ٣ - المظاهر العملية لنظرية الاعتساف في استعمال الحق ٧٥٣
- § ٤ - في اصلاح الضرر عند الاعتساف في استعمال الحق ٧٦٠
- هـ - في الضرر المادى والضرر غير المادى ٧٦١
- مسئولية الفرد عن أعمال من هو مسئول منهم ٧٦٢
- ١ (في المسوغ القانوني لهذه المسئولية ٧٦٣
- ٢ (في خصائص هذه المسئولية وكيانها القانوني ٧٦٣
- ٣ (في أنواع هذه المسئولية ٧٦٤
- ١ - في مسئولية الآباء ٧٦٤
- ٢ - في مسئولية المربين ٧٦٦
- ٣ - مسئولية أصحاب المصانع ٧٦٧
- ٤ - مسئولية أصحاب الاعمال والمخدومين ٧٦٧
- § ١ - في أسباب هذه المسئولية ٧٦٨
- § ٢ - في شروط هذه المسئولية ٧٧١
- في المسئولية الناشئة عن الاشياء ٧٧٣
- ١ (في المسئولية الناشئة عن الحيوانات ٧٧٣
- ٢ (في المسئولية الناشئة عن المبانى ٧٧٥
- ٣ (في المسئولية الناشئة عن الاشياء الجامدة ٧٧٧

صفحة

- ١ — النظرية العامة ٧٧٧
- ٢ — المسؤولية في الحريق ٧٨١
- أ . — المسؤولية في الحريق بالقانون الفرنسى ٧٨١
- ب . — المسؤولية في الحريق والقانون المصرى ٧٨٥
- مسئولية الاشتصاص المنوية العامة والخاصة ٧٩٤

Théorie de l'abus du droit	10, 321, 749
la gestion d'affaires	180
la stipulation pour au-	
trui	52
du droit direct	181
Tierce opposition	339
Tiers	128, 345, 356, 442, 825
bénéficiaire police	171
détenteur	419, 649
fraudateur	346
saisi	403
Tiré	154, 155, 454
Tireur	154, 155, 290, 454
Tissier	169, 245, 327, 405, 527, 553, 591, 613, 615, 625
Titre	38, 802
au porteur	554
exécutoire	312
négociable	117
Titulaire	70, 78
Tomber en désuétude	234
Totalité	590
Trade	58
Tradition	194
Traitements des fonctionnaires	504
Trajan	307
Transaction	855
Transcription du commandement	314
Transfert de créance	437
Transformation du droit	58
Transfusion	236
Transmissibilité des obligations	541
Transmission	65
Transport	543
Transport-cession	426, 434
Travail d'adaption	47
Travaux préparatoires	45
publics	654
Trois Tables décennales de Bul-	
letin de jurisprudence égyptiennes	50
Tutelle	72
Tuteurs	752

U

Ulpian	739, 749
Ultra petita	302, 326
Unilatérale	102

Unité	81
Universalité juridique	81, 308
Uno consensu	544
Usage	41
Usages commerciaux	41
des lieux	41
locaux	41
Usucapion	493, 480
Usufruit	78, 757, 784
Utilité sociale	495

V W Z

Valable	238, 376, 377, 439
Valeur	58, 122, 541
intrinsèque	391
nominale	391
Validité	66, 98, 318
de la saisie	403
intrinsèque	69
Vendicatum spiraus	322
Versement de fonds	454
Verus dominus	382, 508
Vexatoire	752
Viager	502
Vice caché	514
de construction	673
de la volonté	108
du consentement	70
redhibitoire	515
Violence	123
Voies d'exécution	585
Voiturier	177
Volontairement	369
Volonté	62, 67
autonome	29
de donner	150
Wahl	49, 155, 180, 214, 228, 295, 339, 408, 429, 545
Walton	729
Wathelet	289
Wehrgeld	694
Zachariae	46

Retenir	190, 191
Réticence	121
Retrait	290
litigieux	557
Retroactif	232, 891
Retroactivité	223
Reus in exceptione fit actor	802
Revenus échus	296
Revillout	9, 32
Revue critique	715, 743
de législation et de	
jurisprudence	49
générale du droit	49
trimestrielle de droit civil	
.	49, 372, 376, 644
Risk-note	261, 737
Risque 89, 97, 189, 192, 258, 264,	
291, 345, 465, 578, 587, 643,	
650, 651, 674, 702, 713, 754,	
773, 778, 779, 789	
Risque crée 698, 699, 701, 716, 748,	
762, 769	
d'activité	716
de propriété	716
professionnel 26, 708, 713,	
424, 667	
Rousat	644
Rousseau	21
Ruine	673

S

Saintelette	701, 708, 747
Saisie	263, 307, 313, 485
Saisie arrêt conservatoire	522
sur soi-même	461
Saisie exécution	313, 403, 522
Saisie foraine	522
gagerie	315, 522
immobilière	313
opposition de complaisance	405
Salaire	73
Salaires des gens de service	504
Salleilles 48, 202, 668, 681, 699, 701,	
708, 713	
Sanction	18, 68, 301, 358, 669
arbitraire	303
d'une faute	595
Sanctionner	223
Sans cause	146, 646

Sarrut	242
Satisfaction pécuniaire	78
Sauzet	701, 708, 747
Savigny	19, 36, 794, 881
Sciemment	370, 373, 634
Science	27
du droit comparé	48
juridique	44
Scolastiques	45
Sécurité	64
Séduction	367
Se faire reporter	423
Senatus consulte macedonien	360
Séparation des pouvoirs	54
Sequestre judiciaire	402
Serment	94, 854
Serment décisoire	854
de crédibilité	511
de crédulité	856
supplétoire	854
Service public	85
Serviteurs	767
Servitudes	78, 846
Seul (le) consentement oblige	95
Sexe	124
Signataire	155
Signification	542, 545, 614
Silence	25, 106
Simple détention	496
juré civil	437
pacte	94
sommation	292
Simulation	834
Simultanéité	415
Sinistre	97
Sirey	674
Sirey périodique	49
Sociétés commerciales	840, 845
Société d'études législatives	36
Sociologie	27
Sommation	262, 263, 264
Solennel	87
Solennité	79, 236, 599, 810
Solidarité	24, 593, 619
imparfaite	616
légale	593
parfaite	616
passive	590
proprement dit	616

Puissance publique	76
Punition	282
Pur et simple	381
Purget	103, 421
Pupikofér, code de commerce an- noté	50

Q

Qualité	111, 115, 135
Qualité déterminée	115
non substantielle	119
substantielle	120
Quasi-contrats	628, 843
Quasi-délits 63, 350, 628, 668, 669, 678, 843	
Quittance	397, 821
Quote-part	87, 364
Quotité	274

R

Rabais	299
Rabier	260
Raison immédiate et directe	147
naturelle	21
Rapport principal	117
Ratification	180, 560
Ratifier	74
Raynal	155
Réaction	617
Rechange	290
Récompense	103
Reconnaissance	487, 524
de la dette	161
Recours en garantie	351
Recueil officiel des arrêts de la cour d'appel mixte	50
Redevances	501, 502
Réel	78, 87
Réforme	23
Règlement de compte	734
Règlements de police	235
Règles	18
Règles impératives	84
supplétives	84
Réhabilitation	366
commerciale	478
Reipersécutoire	696
Rejet	487
Rejet en l'état ou quant à présent	487
Relatif	349

Relativité de jugement	613
Remboursés	388
Remise à découvert	467
concordataire	477, 601
de dette	474, 823, 873
civile et indivi- duelle	477
commerciale et collective	477
Renard	644
Renonciation 241, 329, 334, 335, 495	
Rente sur l'état	326
viagère	96, 432, 692, 883
Rentiers	502
Réparation	703
civile	77
pécuniaire	80
Répertoires	13
Répétition de l'indû	628, 656
Report d'ouverture de la faillite	332
Représentant	74, 171, 388
nécessaire	613
Représentation	72, 172
contractuelle	74
légale	74
Représenté	74, 171
Reprise de dette	437, 559
Rescindable	463
Rescision	111, 130, 238, 380
Résiliation	189
Résoluble sous condition	594
Résolution 152, 156, 184, 189, 257, 380	
Respondentia	307, 840
Responsabilité	696
contractuelle	708
délictuelle 276, 678, 693, 700	
du simple fait	746
extra contractuelle	708
légale	706
objective 26, 30, 651, 667, 673, 699, 700, 748	
Res	154
inter alios acta, etc.	169
nullius	775
perit domino 194, 195, 201, 202, 208, 577, 642, 793	
Restitution	111, 596
des fruits	296
in integrum 132, 237, 351, 360	

Police	516	Présomption juris et de jure ou légale 287, 398, 482, 706, 712, 783, 866, 871	
Police d'assurance	181, 257	Présomption irrefragable v. juris	
de l'audience	302	Prestation	58, 79, 248
Pollicitation	99, 100	Prestation périodique	504
Politique	28	Prêt à usage	88, 90, 251, 504
Pomponius	645, 646, 647	Prêt de consommation	90
Poncet	494	Prête-nom	835
Portalis	21, 706, 777	Prétentions à un droit incorporel 557 une créance	387, 557
Porte-fort	140	Préteur	11, 60, 92, 500, 755
caution	140	Preuve	95
Porteur	454	directe et positive	783
Possesseur de droit à l'obligation 389		Preuve judiciaire	800
Possession d'état	169	Primes	97, 171, 181, 257
légale	496	Principes de l'équité	26
Postglassateurs	190	Prise à partie	54, 302
Pothier	739, 888	Privilege	80, 405, 581
Poursuites	584	Procédés d'exécution	312
Poussés	138	Procédure	28, 311
Pouvoir	19, 74, 76, 706	Procédure d'ordre	423
Pouvoir de commandement . 301, 541		Procuratio in rem suam	542
juridiction	301	Procurator	542
réglementaire	303	Production dans un greffe	522
Practiciens	16	Profit	388, 644
Pratique	46	Prohibition légale	516
Pratique prétorienne illégale . . 303		Prolétariat	38
légale	304	Promesse	161, 369
Préceptes	18	Promesse abstraite	279
Précisée	137	acceptée	99
Préjudice	131, 271, 331, 655, 665	de vente	100
Préjudice anormal	761	fallacieuse	121
normal	761	principale de peine sous condition	279
Préneur	155	Promettant	170, 178, 184, 186
Préposés	672, 767	Promulgation	222, 223
Prérogatives	19, 78	Propriété	86, 115
Préscription	303, 340, 489	Propriété littéraire ou artistique . 496	
Préscription aquisitive 63, 480, 489, 868		Prorata (au)	80
en matière immobi- lière	488	Prospectus	121
Préscription extinctive 63, 480, 868, 532		Protection	65
légale	236	Provision	73
libératoire	480	Publication	222
patronne du genre humain	482	Publicité	545
Présomption	699, 778, 865, 871	Puffendorf	201
Présomption de faute	779, 782		
irrefragable de préju- dice	287		

Obligations patrimoniales	299	Parquet	54
préexistante	743	Partie qui s'oblige	98
Obstacle interne	255	Pater familias	647
légal	246	Patrimoine	77, 81
naturel	246	Patron du client	742
Offices ministériels	141, 803	Paulus	328
Offre	99, 855	Paumée	94, 95
Offres réelles	399	Pêché	94
satisfactives	271	Peine	282, 301, 303, 680, 703
Opération hybride	411	Peine arbitraire	303
juridique	62	du tripte	703
Opposable erga omnes	76	excessive	283
Optimus pater familias	747	privé	965, 704
Option légale	343	Pénal	690
Ordinaria judicia	301	Pénalité	693, 705
Ordonnance	235, 392	Pendente conditione	570, 576
Ordonnance Louis XII.	501	Pensions	501, 502
Ordre juridique	31	Pensions alimentaires	502
public 29, 64, 139, 146, 500, 867		Pentitus extranei	169
Ouverture de crédit	90, 139, 461	Percerou	351, 354
Ouvriers	141, 770	Perçu	294
P		Péril de l'avance	598
Pacta nuda	94	Période classique	436
Pactes	60	des actions de la loi	306
Pacte social	21	formulaire	306
Pactes sur successions futures	142	suspecte	351
Paiement . 59, 66, 332, 381, 388, 873, 800		Périodicité	505
Paiement avec subrogation	408	Perpétuel	59
de l'indû	254	Perreau	260, 887
volontaire	358, 369	Perroud	155
Pair (au)	117	Personne morale	82, 794
Paix sociale	500	Personnes	375
Pandectes	49, 51	Personnes futures	187
Papier et registres domestiques	83	incertaines	187
Par acompte	394	juridiques	794
concurrence	428	Personnalité des peines	596, 610
contribution	618	Perte	273
erreur	632	Pétition d'hérédité	528
groupe	164	Petitoire	682
Pari	96, 364	Phase conservatoire	403
Pari mutuel	97	Philosophie du Droit	21
Parjurer	364	Pignoris capio	306
Par la faute	705	Pignus in causa judicati	307
le fait	705	Pilon	37
		Planiol	14, 40, 367, 580
		Plus-value	194, 275, 350, 641, 649

Morale	20, 63, 64, 363
Moriondo	26, 34, 42, 630, 631, 674
Motif	119, 122, 146
objectif, subjectif	881
Moyen d'acquérir	34, 493
Moyen indirects	261
de nullité	750
Moyens	884
Mutualité	97
Mutuum	90, 159

N

Natissement	80
Natissement de créance	449
Nature juridique	74, 322
spécifique	115
Nécessité juridique	58
Négligence	251, 689
Negotiorum	802
Nemo alienum factum promittere potest	140
Nemo auditur propriam turpitudinem suam allegans	639
Nemo consetur subrogasse contra se	427
Nemo plus juris in alium trasfere potest quam ipse habet	574
Néron	360
Nihil actum	237
Nom social	73
Non-représentation	72
Non-usage	434, 499
Non-videtur qui errant consentire	109
Notaires	141, 466, 803
Nouveau change	290
Novation	374, 395, 413, 431, 434, 474, 560, 823, 887
Nul	246, 376, 377, 378
Nulla poena sine lege	680
Nullité	38, 113, 156, 235, 380
Nullité absolue	98, 110, 236
radicale	239
relative	236
virtuelle	247
Nullum est negotium	237, 246
Non-propriétaire	78, 322

O

Objectivement	131, 135
Objectivité	115, 116
Objet 115, 137, 148, 375, 432, 436, 561, 629	
Objet illicite	151
licite	148
Obligation abstraite	453
active	590
alternative de donner	588
civile	359
complexe	248, 561
conjointe	589
conjonctive	281, 286, 580
contractuelle	712
corréale	593
de donner 137, 249, 620, 621	
de faire	250, 621
de juger	54
délictuelle	712
de ne pas faire	250, 621
disconjointe	589
ex lege	712
faculative	281
illicite	364
indivisible	427, 618
in solidum	616
non obligatoire	359
résultant du fait	628, 668
simple	248, 561
solidaire	426, 590
sous condition purement potestative	25
successive	250
Obligations 19, 58, 137, 242, 412, 636	
alternatives 281, 384, 586, 587	
civiles avortées	363
de consciences (v. naturelles)	
Obligations dégénérées	363
imparfaites	248, 366
naturelles 248, 358, 359, 856, 887	

Litis contestatio	435, 542, 600	Marc Aurel	428
Livres de commerce	829, 830, 831	Marcellus	749
Locomobile	776	Marches des travaux publics	278
Lock-out	754	Marc (au) le franc	80
Logique déductive	45, 236	Marques de fabrique	81
juridique	411	déposées	26
Loi	18, 31	Masse	170, 318, 824, 827
Loi aquiliae	696	Matière	111
de l'offre et de la demande	291	Matrimonial	153
des Douze Tables	10, 82	Maunoury	26, 33, 42, 668
de talion	693	Maurice Bernard	423
du contrat	31	Mauvaise loi	384
interprétative	232	Méchamment	290
positive	707	Même valeur numérique	392
Lois barbares	93	Mentions dispositives	807
dispositives	30	énonciatives	807
Loyers	296, 501, 503	Mercuriales	459
Loyues	423, 426	Mesures	302
Loytel	95, 461, 696	Mesures collectives	351, 353
Lucrum cessans	101, 556	conservatoires	314, 485
Lyon-Caen	323, 351, 354, 517	individuelles	318
		préventives	314
		réparatrices	315

M

Machinations frauduleuses	121, 328	Meynial	155
Machinisme	38, 705	Michoud	705, 795
Mainlevée	395, 849	Mineur	491, 514, 672
Mainmise	325	Mineur émancipé	360
Maitre	74, 181, 672, 767	Ministère public	54
Majorité	514	Minorité	62, 71
Mandat	72, 847	Mise en cause	324
Mandataire	160	en demeure 258, 261, 263, 324, 523, 607	
Mandataires forcés	612	de l'un nuit à l'autre	608
legaux	75	ne nuit pas à l'autre	608
réciproques	612	Missio in bona debitoris rei servandae causa	330
salié	166	in possessionem	306, 317
Mandat naturel	600, 608, 616	Mitoyenneté	868
tacite	616	Mobile personnel	147
Manifestation de la volonté	61, 341	Modalité illicite	582
directe	105	licite	582
expresse	105	Modalités	375
indirecte	105	Mode d'acquérir	341, 493
tacite	105	Monnaie	392
Manœuvre	713	Monnaie de billon	391
Manduvres caractérisées	121	compensation	462
pratiquées	123		

Interdits	491
Interrogatoire	848
Intérêt conventionnel	291
Intérêt échus	295
légal	225, 298
social	715
Intérêts	76, 287 501
Intérêts capitalisés	503
Interlocutoire	863
Intermédiaire	72
Inter partes	544
Interpellation	485
Interprétation administrative	54
judiciaire	54
législative	54
objective	47, 667
subjective	45, 667
Interruption	484, 488
Interruption naturelle	484
civile	485
Intervention	315
Interversion de la possession	641
Intransmissibilité	541
Intuitu personæ	88, 114, 166, 154
Inventaire	314
In vigilando	707
Ipsa jure	168, 419, 458, 472
Irréalizable	110

J

Jeu, dette d'honneur	364, 365
Jonction ou accession des possessions	484
Josserand 49, 379, 668, 673, 449, 701,	708
Jouissance	70, 795
Jours fériés	483
ouvrables	483
Judex	379, 457, 898
Jugement d'expédient	879
interlocutoire	881
préparatoire	881
provisoire	881
Judiciaire	487
Julien	360
Jure civile	279

Jure proprio	621
Jurisprudence	31, 43, 51
Jus ad rem	79
civile	11
in re	78, 79
Juste litre	826
Justinien	51

L

Labbé 158, 179, 180, 242, 260, 322	485, 580, 634, 709, 710
Lacoste	324, 426, 615
Lacour	114, 376
Lambert	14, 48
Lantz, répertoire	50
Larnaude	37
Lato sensu	31
Laurent	46, 150
Lebert	643
Législateur	22
Législation ouvrière	24
Legs	131
Lésion	70, 120, 131, 238, 244, 514
Lésion énormis	132
objective	131
subjective	131
Lettre de change 154, 454, 513,	583
civile	445
Lettre de crédit	444
Lettres passent témoins	834
Levy-Ulman	49
Lex commissoria	212, 213
Libéralité entre vifs	87
Libération	800, 873
Liberté civile	23
des conventions	63
politique	23
Libre et paisible possession	598
Licite	137
Lien	52
Lien de causalité	748
Lien de droit	58, 350
Liquidation collective	318, 330, 579
judiciaire	308, 579
Liquide	312, 460

I

I	
Idéal de l'équité	47
Idées modernes	47
Identité de cause	625, 884
des parties	888
d'objet	881
Idiots	71
Ihering	68, 703, 794
Illicite	125, 145
Illicite en soi	681
Immédiat	78
Immeuble par destination	775
Immobilisation des fruits	314
Immorale	145
Immutabilité du bien obligatoire	436
Impenses d'amélioration	649
nécessaires	350, 641, 649
utiles	350, 641
voluptaires	350, 642
Impossibilité morale	844
originaire	140
relative	255
Impossibium nulla est obligatio	140
Imprescriptible	497
Imprévus et insolites	277
Impudence	669
Impubère	360
Impuissance	255
Imputabilité	738
Imputation de paiement	396
Immuable	21
Immunité législative	33
In abstracto	611
Inalienabilité de la dot mobilière	52
Incapable	71
Incapables non habilités	361
Incapacité d'exercice	71
de jouissance	71
legale	71
naturelle	71
Incompatibilité	233
In concreto	252
Indemnisation	274
Indemnité	517, 646

Indemnité forfaitaire	717
Indirecte	185
Indisponnibilité	314
Individualisation	195
Indivisibilité de l'aveu	852
Indivisibilité de la faute	596
Indément	164
Industrialisme	38
In eligendo	707
Inexistent	236, 246
In futurum	300
In genere	195, 249, 267, 384, 462
Infamie	306
Infractions	669, 680
Inhérents à la personnalité	77
In integrum restitutio	328
Injonction	301
Injuria	646
Injuste	125
In lege Aquilia culpa levissima venit	746
In præjudicium	334
Inscription	319, 827
en faux	806, 817
Inscription de l'hypothèque	570
In solidum	590
Insolvable	80, 323
Instances judiciaires	302, 584
Institutes	38, 458
Institutes coutumière	95
Instituteurs	672
Instituteurs et professeurs	511
Institution contractuelle	87
des banques de dépôt	456
Instrument de créance	449
de crédit	543, 547
probatoire	69
Instrumentum	62, 802
Insuffisance	25
Intangible	64
Intempestivité du renvoi	751
Intentio	888
Intention	62, 73, 333
Intention des parties	116
Intention libérale	66, 157
Interdiction des aliénés	72

Faute civile	745
commune 275, 595, 697, 733,	748
contractuelle 250, 709, 731,	745
du débiteur	25
délictuelle.	713, 746
grave	642
inexcusable	680
légère	251 746
lourde.	251
morale	745
non intentionnelle	680
très légère	251, 746
Faux, incident et principal . .	809
Feintise	121
Fermages	296
Fiction	75, 82, 198
Fiction de droit	411, 794
Fin de non recevoir 362, 532, 536,	
642, 871,	881
Fixité	505
Fondations	177
Fonds de commerce 120, 167, 559,	622
de terre	78
Fongibles	82, 309
Force coercitive	363
de chose jugée	877, 878
majeure 354, 697, 714, 718,	844
probante.	870
publique.	18
sociale	18
Formalisme (v. acte, contrat) 67,	
69,	91
Formalités	93, 545
Forme, Formules	95
Forme notariée	90
Forme préconstituée	487
Fournitures	511
Fortiori (à)	297
Fraude	69, 82, 121, 333, 334, 335
Fustigation	307

G

Gage	90, 310, 884
Gage commun	311
général	80, 310, 822

Gagiste	90
Gain ou lucrum cessans v. lucrum	273
Gaius	38, 695
Garantie	449, 455
Garde-frein	724
Gazette des tribunaux mixtes	
d'Egypte.	50
Gazette des Trib. français . . .	376
du Palais	376
Genre	67, 83
Gens de travail	504
Gény	169, 832
Gérant	74, 128
Gérant d'affaires	651
Geste instinctif	693
Gestion d'affaires 74, 409, 628, 668,	843
imparfaite ou anormale	650
Girard.	436
Gordien	435, 542
Grande industrie	705
Grosse v. contrat	475
Grosse d'un acte notarié 267, 814,	873
Guénée	408
Guizot	37

H

Hauriou	754, 771
Hémarcl	177, 367
Hérédité	82
Héritier apparent	169, 389
bénéficiaire.	423, 752
présomptif.	142
sous bénéfice d'inven-	
taire	423, 752
Henrion de Pansy	302
Hic et nunc	446, 449
Homologation	87
Honoraires.	511
Hubert	36
Hults (De)	50, 671
Hypothèque	68, 80
Hypothèque générale	423
judiciaire	823
sur sa propre chose	472

Enrichissement illégitime	628
sans cause.	163, 628, 644
Entité	81
Entrepreneur	513
Entrepreneurs de transport . . .	256
Entreprise	704
Equilibre	20
Equité 25, 283, 337, 383, 629, 670,	715
Equivalent	66
Erga omnes	807, 900
Ergastule privé	306
Erreur	70, 109, 113, 361, 370
commune fait droit.	389, 809
de droit	109, 371, 639, 853
de fait.	109, 371, 639, 853
Erreur sur la substance	11, 115
Error communis facit jus	389, 809
in negotio	110, 114
in persona	110
in corpore	110, 114
Esmein	49, 363, 711, 780, 784
Espèce	39, 65, 66, 83, 137
Espérance	227
Espérance de droit.	570
Etablissements publics	491
Etat	23, 491
Etat d'esprit	333
Eteinte	412, 432, 380
Être collectif.	170
Évaluation forfaitaire	279
Événements	492
Événement futur et incertain . .	561
incertain	69
Eventus damni.	331
Eviction	275, 518
Eviction totale ou partielle . . .	621
Evincer	274, 395, 425
Exception	240, 348, 364
Exception de dol.	458
dilatoire de garantie	598
de jeu ou de pari	375
Exceptio non adimpleti contrac-	
tus 89, 152, 189, 213, 452	
Exceptio non numeratae pecuniae	160
Exclusivement attachés à la per-	
bonne	317

Excommunication	307
Exécution	381
Exécution directe.	261, 313
en nature	284, 261, 267
par équivalent	219, 284
Exercice des droits	70, 313, 795
Exigibilité	483
Existence	66, 98
Existence de fait.	242
fictive	254
légale	241
Ex nudo pacto actio non nascitur	93
Ex nunc	469
Expectative	227
Expédition	816
exécutoire	872
Expresse	67, 487, 492, 524
Expromissio	560
Expropriation immobilière . . .	313
Extinction	65, 380, 563
Extrajudiciaire V. acte, aveu . .	487

F

Facture acceptée	107
Facultés	19
Failli concordataire	374
Faillite	86
Faillite civile	306, 318
Fait 43, 58, 258, 610, 644, 668, 677,	
678, 757, 786, 789, 851	
Fait actif	679
dommageable	703
du prince	255, 257
extérieur et corporel	269
fautif	677, 693
générateur de l'obligation	149
imputable au débiteur . . .	253
juridique	62
naturel	22
possible	137
Fausse cause	146, 238
Fausseté.	149
Faute 26, 38, 63, 610, 664, 665,	
669, 670, 675, 677, 678,	
679, 700, 702, 703, 707,	
712, 713, 717, 740, 763,	
789, 796, 887	

Droit de passage	79
de préférence 81,	311
de propriété 76,	78
de retention 190, 309, 311, 350,	894
des biens	86
des gens	28
de suite 81, 312, 421,	898
de travailler	76
d'usage :	78
de vengeance	702
de vue	79
économique	61
écrit	31
impérial	92
imprescriptible	358
individuel	24
industriel	28
intangible	269
international	28
privé 28,	222
public	28
jurisprudentiel anglais	52
litigieux	881
maritime	28
national	28
naturel	21
non-écrit	40
objectif 18,	19
pénal	28
perpétuel	497
positif 20, 31,	234
privé 61,	508
économique 28,	704
patrimonial	28
public 28, 64, 76, 77, 81,	568
rural	28
social	24
subjectif 19,	76
universel	21
Droits essentiels	568
extrapatrimoniaux 77,	319
éventuels	517
incorporels 313,	387
indivis	620
intellectuels	78
patrimoniaux 58, 61, 65, 78,	86, 308, 320,
	496

Droits personnels 58,	79
politiques 76,	568
réels 58, 76,	78
accessoires	80
relatifs 59,	76
seigneuriaux ou féodaux	227
Dualité des fautes	746
Duguît	803
Dumoulin 44, 618, 283,	608
Dupuich	187

E

Eadem res	598
pecunia	598
Echange	396
Ecole historique	36
Ecole des interprètes du Code Civil	45
Economistes libéraux	291
Effectus fraternitatis	166
Effet interruptif relatif	485
Effet novatoire	446
Effets de complaisance	154
Effets juridiques	61
Effet translatif	404
Egalité (l') est l'âme du partage	556
Eglise	23
Egypte contemporaine 50,	729
Electorat	76
Elément actif	79
essentiel 67,	236
passif	79
E. Levy	49
Eligibilité	76
Emolument	542
Empire	23
Employés 141,	770
Emptio-venditio	193
Enclave	500
Endosser 155,	554
En fait de meubles 814,	870
Enfant adultérin ou incestueux	367
Enfant naturel	366
En faute	608
Eurichissement 653, 655,	659

Demande reconventionnelle . . .	458	Dol principal	122
Demante	46	Dolus bonus	121
Demogue 16, 49, 107	117	Dolus dans causam contractui .	123
Demolombe 46,	708	Domage	605
Demonstratio	888	Domages-intérêts compensa-	
Déni de justice	25	toires . . . 270, 279,	287
Denier à Dieu	95	moratoires . . . 270, 279,	287
Dénonciation	435	pour dépenses	752
Denrées	459	supplémentaires	608
De peculio	647	Domat	44
Dépenses et perte subies	644	Dominus litis	742
Dépôt	466	Donation 69,	329
involontaire	843	Donation avec charge	186
nécessaire	307	entre vifs	87
Désistement	486	Donation rémunératoire . . . 368,	373
d'instance	487	Donatio sub modo	173
Dessaissement	407	Donner et retenir ne vaut . . .	183
de l'insolvable	311	Donneur d'ordre	114
Dessein	81	Dot	173
concret	452	Double degré de juridiction . .	54
Destinataire	177	Double emploi	396
Détournement de pouvoir	759	paiement abrégé et automa-	
Détriment	623	que	468
Dette 79, 365,	619	Do ut des, Do ut facias	212
de jeu	359	Droit absolu 59,	76
de l'honneur	364	absolument insaisissable .	320
de pari	359	administratif	28
quérable 266,	401	aquis 226, 227,	494
Devoir 19,	77	canonique	93
de conscience 362,	369	cédé	544
juridique	17	civil, de cité 28, 60, 77 159,	237
moral	363	commercial	28
non sanctionné par la loi.	369	commun 54,	55
Digeste 51, 122, 250, 362, 572,	1008	legislatif	48
Dies ad quem	483	coutumier	44
a quo	483	constitutionnel	28
interpellat pro homine . .	266	coutumier 51,	461
Discernement 71,	362	criminel	28
Dispositions impératives	92	d'affectation 819, 823,	894
supplétives 29, 41,	62	de créance 58, 63, 76, 79,	
déclaratives 29, 41,	61	83, 86, 313,	496
Dividende	505	de culture	20
Division matérielle	621	d'élection	598
Doctrina 31,	43	de famille 61, 76, 77	86
Dol 70, 94, 250, 333, 397,	680	d'habitation	78
incident	122	de l'homme	77

Contrat synallagmatique imparfait	89
unilatéral	87
Contre-lettre	355, 806, 834
Conire-quittance	832
Convenances vanquent lois	95
Convention	65, 83, 112, 439
à titre onéreux	147
fictive	891
Co-obligé	426, 612
Co-propriétaire	620
Corporation	170
Corps certain	193, 393, 607
Corréalité	593
Cote officielle	459
Cotisation	505
Courtier	166
Coutumes	20, 36, 37, 40
Créance	514, 619
insaisissable	463
Créancier cédant	429
chirographaire	81, 309, 819, 893
saisissant	551
colloqué	425
débouté de sa demande	614
gagiste	311, 551, 819
hypothécaire	309, 412, 819
ordinaire	81, 309, 551
privilégié	309
saisissant	403
Crédi-rentier	432
Crédit (à)	212, 456
Crépon	197
Criminel (le) tient le civil en état	900
Criterium	116, 227, 378
Cujas	250
Culpa	740
Culpa in committendo	679
in eligendo	698
in omittendo	679
lata	251
levior, levis	747
in abstracto	251, 746
levissima	251, 747
Curateur	317, 360
Curator bonorum	330

D

Dalloz	49
Damnum emergens	237, 275
Dare	249
Datio in solutum	474, 654
Débi-rentier	432, 501
Débiteur	79
Débiteur accessoire	419
Débiteur cédé	447
en faillite	351
principal	419
saisi	403
Décharge	433, 450
Décharge conventionnelle	475
Dechéance	257
Decisoria judicia	301
Déclaratif	246, 355
Déclaration	67
des droits de l'homme et	
du citoyen	23
de command	835
Déconfiture	128, 311, 330, 579
De cujus	82, 114, 176, 389, 893
Défaut d'entretien	673
Défaut de qualité	487
Défaut de surveillance ou d'en-	
retien	698
Défense	752
De Hults	50
De in rem verso (v. action)	657
De la Grasserie	437
Délai de grâce	298, 394
Délai d'option	101
Délaisser l'immeuble	421
Délégation 40, 177, 431, 433, 434,	
444, 445, 447, 448, 453, 454, 556	
imparfaite	447
novatoire	431, 542
parfaite	431, 433, 446
Délits	63, 668, 669, 678, 680, 843
publics	694
privés	694, 703
Demande en justice	225, 292
en référé	485

Concessionnaire	502	Consentement	98, 671
Conciliation	864	" mutuel	380
Concordat . 86, 170, 359, 364, 374		Consensus	360
477, 579, 601		Conséquences immédiates et di-	
Concordat préventif	308	rectes	273
Concours	455, 559	Consolidation	182
Concubine	158	Consignation	399
Concursus voluntatum	98, 476	Consilium fraudis	333, 337
Condamnation comminatoire	298	Constitution de dot	283
indéterminée	300	Constitutions impériales	60
pécuniaire	681	Contiguité	63
pénale	680	Contradicteur légitime	613
Condenseur d'usine	726	Contrainte	70, 76, 123, 301
Condictio	159, 212, 646	Contrainte par corps	235, 307, 407
causa data causa non secuta		Contra non valentem agere non	
212, 646		currit præscriptio	519
furtiva	656	Contrariété	233
indébiti	361, 628, 646, 647	Contrario (à), argument	297, 373
ob turpem vel injustam cau-		Contrat	58, 61, 65, 83, 316, 439
sam	646	Contrat à la grosse	292, 840
sine causa	163, 646, 647, 648	aléatoire	96, 131
Condition	124, 561	à prime fixe	504
affirmative	566	à titre gratuit	87
casuelle	564	à titre onéreux	87, 114
léonine	85, 120	collectif	177
mixte	564	commutatif	96, 131
négative	566	consensuel	60, 87
positif	566	d'adhésion	85, 516
potestative	565	d'association	59
purement potestative	565	d'assurance (v. assurance)	107
résolutoire	211, 212, 564	de bonne foi	110, 586
suspensive	563	de courtage	153
ultime	493	de mariage	86
Confession	851	d'engagement	755
Confiance légitime trompée	741	de porte-fort	140
Confirmation	241, 373, 440	désintéressé	87
Conflits de lois	222, 411	de transport	59
Confusion	471	de travail	38, 59, 85, 107
Congé	66	de domesticité	157
Connaissance	333, 336	formaliste	60
Connaissance de cause	370	innommé	92, 212
Connexité	151	réel	149, 154
Conscription des neutres dans les		solennel	90
luttres de la concurrence éco-		s successifs	380
nomique	10	supposé	62
Conseil d'État	516, 797	synallagmatique	87

Capitaux exigibles	296	Chose principale	650
Caracalla	160	Cicéron	328
Carpentier	49	Citation en conciliation	486
Cas fortuit 254, 697, 713, 714, 843, 844		justice	263, 485, 523
Case law	52	Civiliter	361
Causa	149, 150	Clause accessoire	214
longinqua	452	à ordre	544
obligationis	149	de porte-fort	176
proxima	147, 452	de style	495
remota	147, 731	pénale	278
Causalité	151	Clearing houses	456
Cause	89,	Clientèle	81
111, 114, 145, 146, 157,		Co-créanciers	292
163, 274, 373, 432, 629, 884		Code	14, 39
du contrat	147	Co-débiteur	400, 408, 419, 426
illicite	146, 238, 639, 880	Code Napoléon	235
de l'obligation	149	Code Michaud	501
immorale	639	Codes Annotés	13, 49
licite	374	Codification	25, 33, 666
Caution damni infecti 408, 450, 775		Cohendy	613
réelle	419, 442, 443	Colin	19, 49
réciproque	612	Collusion	239, 614
Cautionnement non rémunéré	88	Commandement	282, 263, 485, 523
Cédula	526, 893	Commencement de preuve par	
Certat de damno vitando	337	écrit	845
lucro captaudo	337	Commerce Juridique	71, 225
Cessation des paiements	579	Commettants	107, 672, 767
Cession	447, 543, 559	Commission	114, 152
des biens	234, 307	Commissionnaires	73, 107, 114
de créance 434, 444, 542, 543, 559		Commodat 88, 90, 173, 251, 594, 774	
Cessionnaire	429, 435, 447, 542, 543	Common law	36
César Bru	428	Commune renommée	864
Chambres des compensations	456	Communes	491
Change	391, 561, 841	Compensation	454
Charge de la preuve	747	conventionnelle	467
Chavegrin	197, 710	judiciaire	467
Chauveau	709	légale	454, 457
Chèque	456, 744	Complicité	336
Choix défectueux	698	Composition pécuniaire	694
Chose accessoire	650	Composition volontaire	694
de genre	393	Compte courant 252, 432, 462, 463,	
fongible	459	526	
future	138	Compulsoire	817
hors du commerce	141	Conception classique	98
jugée	298, 877	individualiste	23, 718
présente	138	Concert frauduleux	337, 893

Arrérages	296, 432, 501, 502
Arrêtistes	53
Arrhes	93
Art, jurisprudentiel, législatif	27, 28
Artisans	672, 767
Ascenseur	776
Assignation	447, 453, 454
nulle pour défaut de forme	486
Association syndicale	87
Assurance de responsabilité	259
Assurances	38, 60, 97, 121, 171, 257, 259, 506, 561
à prime	114
contre incendie etc.	60
* vic.	52, 60, 171, 517
maritimes	840
mutuelles	114, 505
Assureur public	718
Astreintes	79, 262, 297
Atermolement	449
À titre onéreux	66, 330, 334
gratuit	66, 334, 477
lucratif	438
précaire	483, 869
Attributif	246, 355
Aubry et Rau	46, 195
Auctoritas	360
Au marc le franc	406
Auteur	167, 814, 660, 899
Auteur du dommage	703
Automobile	779
Autonomie de la volonté individuelle	23
Autorité laïque	23
souveraine	31
Avant contrats	90, 102
Avertissement	263
Aveu	544, 851
Avoués	141, 247, 752
Ayants cause	167, 253, 351, 356, 373, 435, 814, 856, 860, 889, 894, 899
à titre particulier	167, 815
à titre universel	167, 312, 815

B

Bank-note	844
Bârbeyrac	201

Barde	49, 821
Bâtiment	673, 776
Baudry	49
Beaumanoire	95
Bienfaisance	87
Bénéficiaire	155, 542, 644
Bénéfice de discussion	333, 449
Bénéfice de division	394, 624
Bentham	20
Beudant	49, 235, 498, 554
Billets à ordre	513, 553
de banque	844
Banc seing	812
Blondeau	227
Bonnes mœurs	63, 139, 146
Bon ordre	495
Bon pour	812
Bonorum cessio	306
venditio	306
distractio captum	307
Bonus pater familias	251, 740, 746
Borelli Bey, codes annotés	50
Bottomry	292, 840
Bourier	727
Brevets	81
Bufoir	19, 49
Bulletin de la société d'études législatives	49
de législation comparée	49
de législation et de jurisprudence égyptiennes	50
But immédiat	145
juridique	147
Bicyclettes	779

C

Cabaretier	361
Caducité	453
Cahiers des charges	278, 432
Calendrier arabe	483, 484
Canonistes	94
Capable de discernement	739
Capacité juridique	70
de disposer	439
Capitalisation	203
Capitant	19, 227, 448

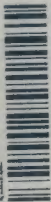
Action en déclaration de simulation	354	Actori incumbit probatio	251, 707
en désaveu	319	Actionnaires	128, 505
en nullité	238	Ad augendam obligationem	608
244, 328, 346, 359, 499, 886		Ad conservandam obligationem	608
en partage	500	Adhésion	99, 107, 559
en pétition d'hérédité	536	Adjudication	278, 649, 878
en recherche de filiation	319	Administrateur	722
en réclamation du droit de passage	500	Adultérin, enfant	158, 367
en réméré	319, 584, 649	Affectation spéciale	407
en réparation du préjudice	346, 354	Affectation,	V. droit
en répétition de l'indû	240	Affirmation mensongère	121
en rescision	244	À fortiori, argument	45, 867, 896
en résolution	197	Âge commerciale	292
210, 319, 409, 441, 499, 886		Âge de raison	71
en revendication 240, 329, 499, 647		Agent d'affaires	166
en révocation	499, 886	Agent de préjudice	704
immobilière	317	À grande vitesse	737
indirecte	315	Aléa du recouvrement	556
individuelle	330	Aliénation	71, 314
in rem	328	Alieni juris	697
interrogatoire	753	Alteri stipulari nemo potest	171
mixte:	347, 695	Alteruis factum alteri nocet	608
négatoire	499	Alteruis mora alteri non nocet 608, 609	
noxale	703	Ambiguïté	110
oblique	315	Amortissement	636
Paulienne	42, 82	Anatocisme	293
315, 327, 426, 658		Animus donandi	157, 373, 408, 445
Paulienne simplifiée	353	nocendi	290
personnelle	347	novandi	437, 438
499, 536, 646		Annotateurs	53
mobile	738	Annulabilité	112, 236
possessoire	499	Annulation	75, 98, 236, 329, 378, 463
provocatoire	753	Anticausalistes	148
pure et simple	347	Antidate	345, 417, 821, 826
purement personnelle	316	Antonin	307
récursoire	874	Appauvrissement	645, 655, 659
réelle	347, 536	Appleton	232, 797
répéscutoires	695	Appoint	391
résolutoire	438	Apposition de scellé	314
révocatoire 42, 315, 327, 821, 874		Appointement des commis etc.	504
subrogatoire	315	À priori	716
utiles	73, 434, 542	Aptitude	70
Actioni non natae non praescribitur 519		Aquila, Lex	695, 696
		Architecte	513
		Argent en numéraire	392
		Argenté (d')	361

Table des termes et expressions étrangères.

A

Abdication d'une faculté non en-		Acte de pure faculté	483, 869
core exercée	494	dérisoire	260
Ab initio, nul	237	de tolérance	483, 869
Abus d'autorité	367	d'exécution	322
Abus de droit . . . 164, 675, 754, 760		d'ouverture de crédit 90, 139, 461	
Abrogation	233	de souveraineté	797
Abstention 58, 79, 250, 679, 760		en fraude des droits des	
Accession	650, 868	créanciers	329, 335
Acceptation	99, 545	entre vifs	66
Accidents de travail . . . 256, 679, 701		équivalent	263
Accipiens 245, 254, 266, 370, 373,		extra judiciaire	220, 262
381, 384, 388, 455, 629, 656		fautifs	63, 702
Accord	66	formaliste	437
A contrario, argument	45	frauduleux	328, 333
Acquérir	70	illégal	383
Acquiescement	107, 625	illicite 63, 679, 694, 697, 742, 759	
Acte	38, 62, 66, 802	instrumentaire	62
Acte abstrait de volonté	267	judiciaire	238
abusif	759	juridique 29, 61, 62, 137, 258,	
à cause de mort	66	543, 656, 802, 838	
à titre gratuit . . . 66, 334, 477		juridique conditionnel	561
à titre lucratif	348	simulé	834
à titre onéreux . . . 66, 330, 334		législatif	31
à titre précaire	483	solennel	68
authentique . . . 68, 90, 545, 803		translatif	494
bilatéral	65, 494	unilatéral	66, 494
conservatoire	346, 546	volontaire	238
coupable	697	Actio doli	695
d'administration	475, 797	Actio furti	695
d'appauvrissement 238, 426,		Actio furti oblati	703
645, 655, 659, 622		legis aquilæ	695, 696
d'autorité	797, 803	Action, Actions	636, 752
de dernière volonté	66	Action arbitraire	328
de gestion	803	Confessoire	499
de gouvernement	797	de bonne foi	458
de mariage	86	de gestion d'affaires	617
d'enrichissement	339	de in rem verso	409
		628, 644, 645, 646, 648, 650, 653, 656	
		de mandat	409, 617
		en déclaration d'inexistence 345	

Biblioteca Alexandrina



0415013